



FEE DE ERRATAS.

Pag. 7. lin. 18. depencencias: lee *dependencias*. Pag. 9. lin. 29. peligro lee *pliego*. Pag. 11. lin. 3. Legatorio: lee *Legatario*. Pag. 41. lin. 7. Judais: lee *Judeis*. Pag. 45. lin. 4. ruegen: lee *rueguen*. Pag. 50. lin. 7. dè deve dar; lee *que debe dar*. Idem lin. 20 conformata. lee *confirmata*. Pag. 52. lin. 2. quedaria; lee *queria*. Pag. 54. lin. 7. translacion lee *transacion*. Pag. 60. lin. 13. parece lee *pareció*. Pag. 61. Lin. 3. Calores: lee *Vapores*. Pag. 63. lin. 24. folicita; lee *solo cita*. Pag. 69. Lin. 28. caius lee *cuyos*. Pag. 71. lin. 6. relevado: lee *revelado*. Idem lin. 14. contaba: lee *constaba*. Idem lin. 24. sucesuris. lee *sucesionis*. Idem in fine. convirtise: lee *convirtiese*. Pag. 72. lin. 16. nam. lee *non*. Pag. 74. lin. 16. figuense lee *figuese*. Pag. 79. lin. 22. perentezco: lee *parentesco*. Cita 97. lin. 3. ase. lee *asse*: cita 89. lin. 1. tit. lee *tit.* 1. Pag. 88. lin. 6. y porque se; lee *y porque no se*. Pag. 90. lin. 2. fecultatem. lee *facultatem*. Pag. 96. lin. 1. ignotante; lee *ignorante*. Pag. 98. lin. 14. Hrquicia: lee *Herquicia*. Cita 105. in fine infring. lee *infirm*. Cita 128. in principio legis lee *Lege*. Cita 137. lin 6. calumn. lee *columna*. Pag. 101. lin. 3. importara lee *impostura*. Pag. 108. constantis lee *constantie*.



TABLA DE LOS PUNTOS QUE se contienen en esta Defensa.

Punto 1.

EN que se trata del cotejo, y comparacion de los dos testamentos; reprobando el escrito, y dando la mayor firmeza al nuncupativo. Pag. 4. usq. 10.

Punto 2.

EN que se esfuerza la insubsistencia del Testamento *in scriptis, tam ratione voluntatis, quam solemnitatis*. Pag. 10. vsq. 42.

Punto 3.

EN que se esclarece el valor, y firmeza del Testamento nuncupativo, y se vindica de los defectos que se le oponen. Pag. 42. usq. 56.

Punto 4.

EN que se describe la calidad de los sueños de D. Nicolas de Ribera; y se continúa el asunto del antecedente. Pag. 56. usq. 74.

Punto 5.

EN que se prueba la legitimidad del ultimo Testamento; aunque se considere *ad interrogationem*, y se expone la importancia del Papel testamentario. Pag. 74. usq. 85.

Punto 6.

EN que se funda la revocacion del primer Testamento, por el ultimo nuncupativo; sin embargo de la Clausula derogatoria con que se manifiesta. Pag. 86. usq. 108.



DEFENSA EN DERECHO POR PARTE

DE DOÑA JUANA YGNACIA DE HERQUICIA
Quevedo y Zeballos, Viuda de Don Nicolas
de Ribera.

EN RESPUESTA.

DE EL MANUSCRITO QUE REPARTIO DON JOSEPH GO-
mez Moreno, Theforero de las Reales Cajas de la Ciudad
de Piura, en 12 de Mayo de 1765,

P A R A

QUE SE REVOQUE (HABLANDO CON EL MAS
reverente respeto) la Sentencia de Vista pronunciada por
la Real Audiencia de los Reyes, en 5. de Junio de 1765,
y se declare por legitimo, y subsistente el ultimo Testa-
mento nuncupativo que otorgò su Marido en
21. de Junio de 1759.

PROEMIO.



A SINCERIDAD, Y MENOS PRE-
caucion conque Doña Juana Ygnacia de
Herquicia diò à luz el Alegato juridico
que en defenfa de su Justicia se formò
en 31. de Octubre del año pasado de
1764. abrió el paso paraque se dispusiesse por Don
Ja-

Joseph Gomez Moreno, el dilatado papel que se rotula Apuntes, ò Fundamentos de Hecho, y de Derecho. En el al igual que se fortalece el valor del Testamento *in scriptis* vindicandolo de los reparos que se le objetan; se destruye el nuncupativo negandole al Testador la testamentifaccion que tubo al tiempo de su otorgamiento. Pueden tal vez haber influido los apuntes en el superior concepto de los Señores Juezes para la resolucion que se ha dado en primera instancia; por esso aunque parezca laboriosa tarea se hà tenido por combeniente desembarazar el Alegato Juridico de todo lo que se le opone para destruir la fuerza, y eficacia de sus fundamentos de modo que se pueda esperar sin contingencia un exito favorable.

2. El methodo, y disposicion que tienen la mayor parte en la gracia de los Escritos, apenas se puede conciliar en esta Defensa por no permitirlo la materia. Defensa en Derecho separada de la obra principal en que todo hàde ser vindicacion, y respuesta, es como un Artefacto de piezas sueltas entre quienes no se halla el mejor orden, y por consiguiente mui poca ò ninguna hermosura. En este concepto nuestro primordial objeto solo se hade dirigir à descubrir la verdad, que es el fundamento del juzgar asì en el hecho como en el derecho (1) por todos aquellos medios que conduzcan à su mas perfecto conocimiento, y inteligencia.

3. La exacta, y oportuna relacion de los Hechos es tan necesaria en los Discursos legales, que el Eminentissimo Cardenal de Luca, en sus obras (2) se allana mas bien à tolerar la censura que segun el estilo de Roma comprehende à los Abogados que tocan materias de hecho, que dejar de ser prolijo en su respectiva individual, y circunstanciada narracion. *Igitur nè dum comendabilis & oportuna sed*

(1)

Leg. 10. Tit.
17. Lib. 4. Re-
cop. Castel.

(2)

Card. Luca. The-
atr. Verit. &
Just. num. 6. in
Prohem. &
num. 5.

(3)

sed necessaria & e. a beneque distincta facti series cum omnibus us circumstantijs, dum ex eijs iuridicarum propositionum applicatio, congrua & causarum decisio pendet adeo ut levis etiam ac modica diversitas totum Jus variare faciat Tres autem vociferatos errores non admitto nec corrigo: Unum nempe super prolixa nimium que exacta & distincta facti serie vel enarratione quasi quod Jurisconsulto incongruat: in ijs que facti sunt nimium immorari dum pro Curia Romana stilo causarum Patronis, potius quam advocatis id congruit.

4. Con este sabio consejo se ocupò el primer §. y parte de el segundo del Alegato juridico en la prolija relacion de el Hecho de esta Causa con tanta Escrupulosidad que se sacò al margen la individual foliacion del Proceso, paraque alli donde pareciesse el Hecho se encontrasse su comprobacion. No se vé esta exactitud en el manuscrito del Oficial Real, porque todo se reduce à disponer tan à su modo el negocio, que verificados los supuestos conque corre, le es muy facil la aplicacion de Doctrinas, y Discursos. Afsi es forzoso que la controversia empieze por el Hecho, paraque desauthorizandosse del aprecio que pueda merecer se desestimen tambien las Leyes, y Doctrinas que con ninguna oportunidad, y menos genuina inteligencia se le adaptan, incidiendo en el error de los Legistas Pragmaticos, que increpa el mismo Cardenal (3) Conclusiones etenim sunt farmacha, quarum virtus & operatio consistit in benè proportionata compositione iuxta morbi & Infirmi ac temporum & locorum qualitatem: Non autem omnia omnibus in eadem quantitate eodem que modo applicanda sunt atque in hoc consistit frequentius Legistarum Pragmatici-

(3)

Idem. Card. de
Testam. Disc.
39. num. 19.
in fine.

maticorum ineptia verè rabilis, ideo que merito apud alliarum Scie um Professores contemptibilis: Iste siquidem contemptus male cadit in ipsi legibus que optima sunt ac sapientissime sed in earum mala praxi vel intelligentia.

5. Aunque en el Manuscrito que se va à contestar no se tubo la curiosidad de numerar los Capítulos, pues ni aun en §§. se divide; la claridad que à hora se consulta, nos pone en la precision de darle el respectivo numero à cada uno; y paraque à poco trabajo todo se perciba; trataremos por Puntos separadamente con la respectiva aplicacion del Hecho, y meritos de Derecho los que à cada uno corresponden.

P U N T O. I.

EN QUE SE TRATA DEL COTEXO Y comparacion de los dos Testamentos reprovando el escrito, y dando la mayor Firmeza à el Nuncupativo.

6. **L** OS quatro Numeros primeros estan reducidos à una comberfacion *ad placitum* en que con sencillez artificiosa se desfigura el Hecho del modo mas conforme à la pretension que se promueve. Dicesse que el Testamento *in scriptis* lo otorgó y subscribió D. Nicolas de Ribera, dos años y meses antes de su muerte; y el Nuncupativo poco antes de morir. El Testamento cerrado fué obra del Testador estando en su sana salud de cuerpo y animo, en su acuerdo, y sin perturbacion alguna en la razon. Y el abierto quando padecia una grave dolencia que lo llebò al Sepulchro, y le tenia

nia perturbada la razon como se hizo de manifesto por sus delirios, y un pesado sueño en que no bastaban las voces para despertarle, sino que era necesario remecerle por dos, y tres veces. El primer Testamento lo dirigió, y dictó el mismo Testador: El ultimo fué produccion del Licenciado Don Pablo Correa, quien le preguntaba si aquella era su voluntad, á que respondia que *Si*, despues de despierto con la diligencia de remecerle. En el Testamento *in scriptis* procedió el Testador por su libre voluntad hallandose presentes siete testigos, y el Escribano con quienes se authorizó, y subscribió, y en el Nuncupativo no se presenciaron algunos de los Testigos al tiempo de leerse y firmarse. Finalmente del Testamento cerrado se dice que contiene clausula derogatoria authorizada con la Religion del Juramento, y en el abierto no se halla la rebocacion especial de ella. Todos se confiesan Hechos de necesario Examen, y se omite la extension correspondiente en cada uno por la justa causa que se propone.

RESPUESTA.

7. Si la comparacion que se acaba de referir entre los dos Testamentos fuese tan ajustada al proceso como se pondera, poco resto de defensa quedaba á la Viuda, reduciendosse el negocio á un punto tan obvio, que no se esconde aun á los que empiezan á nutrirse en los Elementos de la Jurisprudencia, pero el caso es que claudica en la mayor parte el cotejo, y así no puede menos que manifestarse muy esforzada la accion que se contrahe á la subsistencia del Testamento Nuncupativo, tanto mas recomendable quanto fué la ultima voluntad del Testador, por cuya puntual execucion y cumplimiento propenden todos los derechos.

8. Como en los dos primeros §§. del Alegato juridico se describa el Hecho comprobado con las mas individuales circunstancias, que destruyen enteramente el thenor de los quatro primeros Numeros, seria innutil fatiga, y aun nimia molestia repetir lo mismo que se ha dicho. En esta consideracion solo deve contraherse esta respuesta, lo primero, à que la circunstancia primera del Cotejo es impertinente, pues que Ley ò Doctrina hasta ahora hà prescrito que el Testamento del Sano tiene mas firmeza que el del Enfermo, ò que la enfermedad prive à los Testadores de la testamentacion activa, quando el lance mas proprio de testar es aquel en que hallandosse la salud quebrantada se ofrecen los pensamientos melancolicos de la muerte?

9. Lo segundo; que aunque el Testador estubiese en cabal acuerdo quando dispuso el primer Testamento, no dejó de estarlo al ordenar el Nuncupativo, sin embargo de los delirios que se le suponen, que nunca se han individualizado, y de aquel Sueño que se dice pesado à que corresponden los remecimientos de cuerpo, pues el Orden, y arreglo de la disposicion nuncupativa es el mejor debanecimiento de los delirios, como que quien delira no sabe puntualizar sus credits, recordar sus antiguas disposiciones, y aun referirse á aquella privada, y sigilosa que dispuso por si solo, y tenia guardada en la Gaveta de su Escribania. Tampoco el Sueño embargó la razon al Testante. (de cuya calidad y naturaleza se hablarà en otro lugar) Y los remecimientos de Cuerpo fueron arbitrio de aquellos Asistentes que (ò porque Don Nicolas con su hedad no tubiese el oido tan vivo, ò porque la misma enfermedad sus precedentes molestias, y Vigilias le hubiesen causado alguna pesadèz que no

es estraña en los Enfermos de gravedad) juzgaron ser necesario para recordarle.

10. Lo Tercero: Que el Testador no dirigió el Testamento cerrado; pues Juan Diaz de Ruidiaz amanuensse que fué de dicho Testamento, è interesado en èl à foxas 38. Quad. 4. de la prueba del Oficial Real (que se acepta en lo favorable) entre otros hechos declara que Don Nicolas fué dictando el Testamento por unos apuntes que tenia que le servian de gobierno, y concluydo los rompiò diciendo serle preciso no quedasse señal de ellos. Por el contrario el abierto si en todo no fué produccion del Testador, porque los Testigos en la prueba dicen con variedad (siendo mas verosimil que la mayor parte de sus clausulas las proferia por si solo porque ninguno podia adivinar lo que antes habia dispuesto, ni saber à punto fixo de sus dependencias) lo que no tiene duda es que despues de finalizado este testamento, y habiendosele leydo, repreguntado si aquella era su voluntad, respondió que Si, y que estaba bueno, firmandole consiguientemente sin repugnancia, y à su imitacion los Testigos instrumentales que se hallaban presentes.

11. Lo quarto: Que el Testamento *in scriptis* no se hizo con aquella espontaneidad que pide semejante acto. Aqui entran los resentimientos que ocasionò en Don Juan de Ribera el casamiento de su hermano Don Nicolas, con Doña Juana Ygnacia de que hablan contestes los Testigos; y el menos advertido deberà créerlos, porque entre dos hermanos tan amantes ya se consideraba Don Juan como menor, heredero de su hermano Anciano Viudo, y sin subcesion; y con el segundo matrimonio privado de aquel commodo, que tal vez, seria el fundamento del amor que le profesaba.

12. El Alegato juridico se explica en los citados dos §§. primeros con la mayor pureza, y fidelidad en este asunto, y sin salir de la prueba contraria el Testigo instrumental del Testamento cerrado Juan Diaz de Ruidiaz, de quien poco ha se habló, en la misma declaracion añade que al tiempo, y quando se acabò de subscribir en el Sitio de Cacaturo exclamò Don Nicolas con estas formales palabras. *Ojala permitiera Dios que vinieran mañana los RR. PP. Jesuitas, que les entregara luego al punto mis Haciendas sin reparo alguno.* Y Blas Gallo, en la que hace à fox. 23. dicho Quadero contesta identicamente la misma exclamacion sin variar ni aun en la concordancia de voces. Quien exclama de este modo, y en el mismo acto de testar á favor de los RR. PP. Jesuitas terceros excluientes respecto del Heredero instituido Don Juan su Hermano, que mayor prueba pudo dar de su voluntad, y para mejor decirlo del despecho con que procedia en aquel lance que se le habia rodeado llevandolo hasta Cacaturo? En una expresion: El Testador con su exclamacion quiso decir; mejor fuera que los Padres Jesuitas cargassen con estas Haciendas que son todo el blanco de mi Hermano, y no se me trajera con la inquietud y molestia de este Testamento. Y quien assi se explica lejos de manifestar allanamiento descubre la fuerza, y violencia con que habia sido impelido.

13. El Testamento nuncupativo fué el deliberado, porque à no haber querido testar Don Nicolas siendo su voluntad la subsistencia del otro, sin displacer à su Muger al tiempo de recombenirlo el Lizenciado Correa sobre que dispusiera sus cosas, pudiera haber ebacuado todas las importunaciones que se suponen, remitiendose à aquel primer Testamento.

Testamento de cuyo thenor nadie podia advertir, ni menos quejarse. No hubo mas persuasiones que aquellas que de oficio deben practicar los Parrochos en semejantes oportunidades, ni mas resistencia de parte del Testador que aquel natural sentimiento que causa la memoria de la Muerte, y retrahe á las veces de el otorgamiento de la ultima voluntad, pero quando se buelve sobre lo Christiano todo se depone como lo hizo Don Nicolas, aun excediendose à firmar que pudiera haberlo escusado probando de esta suerte en cierto modo su resistencia.

14. Lo quinto: Que si el Testamento cerrado se firmò subscribiò, y authorizó ante los Testigos, el abierto se estendiò y actuò con la misma solemnidad. No se hecha menos la firma del Testador, bien que aparece está algo desfigurada, lo que corresponde á el estado del Enfermo, pues no habia de rubricar del mismo modo quando pensaba en morir, el accidente le agrababa, y la situacion de la Cama no podia serle commoda, que estando en sana salud, y con aquellas proporciones que evacuan qualesquiera alteracion del pulso. Los Testigos que concurrieron aunque varían en algunas circunstancias, la diversidad de sus dichos no es adversativa como se hà expresado en el §. 2. de nuestro Alegato, paraque no se ponga defecto en razon de solemnidad.

15. Lo sexto: Que assi como el Testamento *in scriptis* contiene clausula derogatoria, tambien es verdad que esta caè justamente en el peligro que sin duda alguna se interceptò, lo que ofrece una vehemente presumpcion de falsedad de la que mas de proposito se hablará despues quando tratemos del Escribano, y del impedimento que por derecho tubo para no authorizar aquella disposicion. La

clausula derogatoria se rebocò en bastante forma en el Testamento nuncupativo, en el qual si el Testador no se acordò de ella especialmente, fué porque no habia sido obra de su voluntad. Esto toca en el punto de derecho que aqui no corresponde.

P U N T O. II.

EN QUE SE ESFUERZA LA INSUBSISTENCIA del Testamento *in scriptis tan ratione voluntatis quam Solemnitatis.*

16. **D**ESDE el Numero 5. hasta el 14. inclusive se procura establecer el Testamento *in scriptis*. Se dice que lo subscribió el Testador en su entero acuerdo sana salud, y con todas aquellas solemnidades prevenidas por derecho. Que el disgusto que tubo Don Juan de Ribera, por el segundo Matrimonio de su hermano, à nada conduce. Se niega la subordinacion respeto reverencial del Testador, y el desenojo por medio del Testamento porque no hay Testigo que lo deponga. Que la interesencia del Escribano Valdivieso en nada perjudica, principalmente habiendo el Testador dictado el Testamento à Juan Diaz de Ruidias. Que el interés que tubo Valdivieso, tampoco obsta, porque el de Alvacea lo renunciò luego que murio Don Juan de Ribera; y el nombramiento de Patron, y Capellan era un lucro remotísimo que solo podia verificarse corridos algunos centenares de años. Que el Escribano Valdivieso no tubo impedimento para authorizar el Testamento por el nombramiento en segundo lugar
de

(11)

de Alvacea, y derecho al Patronato, y Capellania; como ni tampoco Ruidiaz, para intervenir como Testigo al modo que el Tutor, y Legatorio pueden serlo en el Testamento en que son instituidos (4) siendo así que los Legados son prontos, y efectivos despues de la muerte del Testador; y el interes en el Patronato, y Capellania remotísimo y se verificaba despues de una larga descendencia.

RESPUESTA.

17. No se niega que el Testamento escrito se ordenò estando el Testador sano de animo, y cuerpo: lo que si no se confiesa es que aquella fuesse su deliberada voluntad, y que se solemnizasse con los requisitos que el derecho previene. Quatro perfecciones deben tener los Testamentos para que se digan validos, y subsistentes (5) La primera consiste en la voluntad del Testador plenamente declarada, y completa. (6) La Segunda en la Institucion de Heredero que se denomina forma substancial, y cabeza del Testamento. (7) La Tercera rueda sobre la debida solemnidad que se dice diligencia de las Leyes. (8) La Quarta y ultima se versa cerca de la confirmacion, y efecto del mismo Testamento; y es en dos maneras: La primera se verifica por la muerte del Testador, porque de esse modo el testamento se hace irrevocable. (9) *Vbi Testamentum est, mors necesse est intercedat Testatoris: Testamentum enim in mortuis confirmatum est, alioquin non dum valet, dum vivit qui testatus est.* Y la Segunda pende de la voluntad del Heredero instituido que adda la Herencia, pues por medio de la addiccion el Testamento surte su efecto, y no puede reducirse ad

(4)

Leg. 20. *Qui testam. ff. de testam.*

(5)

Escaño de testam. Cap. 1.

(6)

Leg. si ijs qui. Leg. ex ea script. ff. de Testam.

(7)

Leg. 1. ff. de bulgari §. ante Hered. Instit. de Legat.

(8)

Leg. Codicil. §. ultim. ff. de legat.

(9)

Leg. 1. ff. de testam. Cap. Cum Mariae de celebrat. Miss. & Div. Paulus. cap. 9. ad Hebreos.

(10)

Leg. Si alien. §
in extran. ff. de
heredib. instit.
Baldus. Castro.
Gotofredus. Ja-
sson. Menochius.
Guillermus. Be-
nedictus. in Cap.
reinuc. Verbo tes-
tam. 1. in fine,
& in Verbo
mors itaque tes-
tam. etiam 1. ex
tra de testam.
Matienzo in leg.
1. tit. 4. Lib. 5.
recopil. Glos. 4.
ex num. 1. &
Dom. Castillo
Lib. 4. Contro-
vers. Cap. 21.
num. 39.

(11)

Authentica de
Nuptijs Colat.
4. §. disponat.

(12)

Castillo. Lib. 3.
Controv. Cap. 1.
num. 6. cum Me-
nochio Constan-
cio, Rogerio, &
Peralta.

(13)

In Codice Theodo-
siano tit. 7. de tes-
tam.

causam intestati (10) Esta es distincion de Baldo, à el qual figuen Castro, Gotofredo, Jason, Menochio, Guillermo, Benedicto, Matienzo, y el Señor Castillo que à todos los recoge.

18. De estas quatro perfecciones, dos se hechan menos en el Testamento *in scriptis*. Comenzando por la primera es constante que en los Testamentos la Ley, que imbiolablemente debe guardarse es la voluntad libre del Testador, y nada corresponde mas bien à los Hombres que la libertad en el acto de testar (11.) *Sit lex ejus voluntas, nullo valente citra illius voluntatem. Nihil enim est quod magis hominibus debeatur quam ut suprema voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt liber sit stilus & licitum quod iterum non redit arbitrium.* Debiendo ser el consentimiento con la qualidad precisa de una plena, y absoluta deliberacion. (12) *Testatorum voluntates liberas esse debere, atque in actu testandi consensum requiri cum qualitate libertatis plena, & sic omnino & absolute liberum indisponendo.* La Voluntad libre es la que dà la Ley à la ultima voluntad, por lo que El Emperador Theodosio la coloca dentro de si misma como imperante, y que domina su disposicion, estableciendo que ningun Testador debe forzado callar, ni hablar. (13) *Ideo divinitus sensibus* (dice) *die nocturne res humani generis per tractantes gratum duximus, deficientium voluntatibus subvenire ut pro suo quisque testetur arbitrio, ac involuntate sua suam habeat voluntatem, ut invitus nemo nec taceat nec loquatur.* De manera que es tan libre el Imperio de la Voluntad que en un solo acto es el Subdito, el Legislador, y la Ley.

19. Por esso estas abominan las adulaciones, fufes-

(13)

sugestiones importunidades, y demás medios de que pueda resultar impedimento à la plena, y libre voluntad de los Testadores, que para que valga en ambos fueros debe excluirse todo imboluntario mixto, y desterrarse todo error, violencia, ò miedo que lo cause; como con el Padre Luis de Molina, Principe en esta materia asienta el Señor Castillo (14) por la solida razon de que siendo liberal, y gratuita la Institucion de Heredero, el Legado, y donacion; para transferir el dominio se requiere en el Dante una libertad tan desnuda que despida de si misma todo lo imboluntario. A que puede añadirse que siendo la voluntad apetito de lo bueno con razon, y fundamento en el sentir del Philosopho, y diciendosse tambien voluntario lo que se hace con conocimiento del objeto, y sus circunstancias por el Agente; segun enseña el Angelico Doctor, debe excluirse todo imboluntario mixto (por consiguiente) que ofenda el principio intrínseco, y el fin à que se termina la voluntad. (15)

20 De donde resulta ser grave crimen el forzar la ultima voluntad, y que en ambos derechos se establezcan la accion civil, y criminal; no solo contra el que prohíbe hacer Testamento, sino contra el que compele en algun modo para que se forme à su arbitrio, provecho, y utilidad de otro tercero. Sobre cuyo assunto se encuentran titulos integros en el Derecho comun, y es espresa la Ley de Partida. *Per hac: Otros ya que maguen consientan que fagan Testamento con todo esso quieren que lo ordene à su guisa é à su placer.* (16)

21 Entre los impedimentos mas fuertes que explican las Leyes cerca de la plena Libertad de los Testadores, son los ruegos importunos, ó per-

D

sua-

(14)

*Par. Molina de
Just. & Jur.
Tractat. 2. dis-
put. 135. Dom.
Castillo. ubi su-
pra num. 8.*

(15)

*Aristoteles Lib.
1. Rethoric. Div.
Thomas 1. 2.
Quæst. 6. art. 3.*

(16)

*Integri tituli ff.
& Cod. Si quis
aliquem testari
prohibuerit, vel
coegerit. Leg. 26
28. & 29. Tir.
1. part. 6. Cas-
tillo ubi supra. à
num. 17. cum
Bartholo. Valdo
Saliceto Peregrino,
& Paricio.*

(17)
 Leg. 1. ff. de
 servo corrupto.
 Leg. 1. Tit. 19
 partit. 7. Cap.
 fin. extra de res-
 cript. in 6. Idem
 Castillo ubi su-
 pra á num. 106.
 Vbi cumulans
 prope in numera
 Furium testimo-
 nia tradit DD.
 qui hac super re
 scripsere cum dis-
 tinctione casuum
 ac partium distri-
 butione ita clara,
 ut otiosum fuerit
 AA. alios requi-
 rere aut in mediũ
 adducere cum ple-
 na manu omnes
 quot quot de hac
 re tractavere re-
 censeat & conclu-
 dit á num. 126.

(18)
 Pat. Benedictus
 Pereira in Pro-
 sodia in Vocabu-
 larium bilingue
 latinum, & lu-
 sitanum. Cardi-
 nalis Luca in Su-
 ma testam. num.
 14. & disc. de
 testam. num. 15.

suaciones por reputarse especie de violencia, y
 causar lo imboluntario. (17) *Persuadere est
 plusquam compelere*: llamandola el Sabio Rey D.
 Alonso como manera de fuerza; y en el Derecho
 Canonico ambiciosa importunidad. Otros Juriscon-
 sultos dicen que es argumento claro de Dolo que
 tiene la misma fuerza que este; surte el propio e-
 fecto que el miedo grave, y el inducido por per-
 suasion se equipara al forzado.

22 Lo mismo debe decirse de la sugestion
 por ser tambien especie de violencia, Dolo, y frau-
 de, y de suyo un acto de subministrar especies per-
 suasiones, y tentaciones ocultas, hablando al oido co-
 mo explico en su Prosodia el Docto Padre Bene-
 dicto Pereira: y el gran Cardenal de Luca, reputa
 el dolo por lo mismo que falsa sugestion, ò vio-
 lencia, y por una maquinacion con malos artes
 (18) *Sugestio (inquit) onis Paracletteadura, sub-
 ministrasam, persuasam oculta, é tentasam. Do-
 lus seu falsa sugestio sunt violentia ::::: cum do-
 lo malis artibus, ac falsis suggestionibus ::::: ma-
 chinationum aut falsarum suggestionum.*

23 Bajo de estos principios prescindiendo de
 la question si el Testamento hecho con dolo ò
 sugestiones es por el mismo derecho nulo, ó si
 siendo por mero derecho valido se anule, quitan-
 dole la herencia à el Heredero instituido como
 indigno, pues para el efecto lo mismo es que sea
 nulo, ó que se anule por sentencia, lo que se tie-
 ne por cierto, y sin controversia entre los AA. es;
 que el Testamento en caso de duda no se con-
 templa executado con fuerza, miedo, sugestion, ò
 dolo, como que el delito no se presume, sino se
 prueba, bastando solo que esta sea de conjeturas,
 ò presumpciones claras, y propinquas, pues por me-
 dio

dio de ellas combencido el dolo, debe anularse el Testamento si se descubre la maquinacion ò su gestion. (19)

24 Esta prueba de Conjeturas no debe ser directa ni estricta, por no estar determinadas, sino que segun la calidad del Hecho, circunstancias de las personas, del tiempo, y de los negocios, se remite al arbitrio del prudente Juez, cuya bondad, y discrecion vale mucho para su calificacion: como con Menochio Mascardo Hondedeo, y Mieres observa el mismo Señor Castillo. (20) Otros

AA. enseñan que la prueba de conjeturas se remite al arbitrio del Juez, quien segun la calidad del Hecho, y personas, y atendiendo à la verdad solo necesita dos que justifiquen el dolo, simulacion ò sugestion, llebando por Norte, y observando siempre la regla de que el indicio, ò presumpcion que por si solo no basta, junto con otros aprovecha; especialmente quando miran aun mismo fin; por lo que la prueba conjetural en este punto es la mas prevalente, y aclamada en varias decisiones de la Sagrada Rota. (21) *Hoc remissum (inquit Farinacius) arbitrio Iudicis qui iuxta facti & personarum qualitatem quandoque ex duabus, quandoque ex pluribus presumptionibus seu conjecturijs arguit Quenam sint conjecturae sufficientes Iudicis arbitrio remissum sit Nam in hac materia procedit regula quod si non possunt singula, multa collecta jubant, presertim quando plures conjecturae tendunt ad eundem finem probationis.*

El
tica detacit, & ambig. Lib. 4. tit. 23. num. 31 Mascardo de probat. Lib. 1. conclus. 2138. num. 7. Idem Castillo controuv. cap. 25. num. 22. ubi tradit. AA. multitudinem. Menochio. Lib. 3 presump. 126. Rota apud eundem Farinacium decis. 57. & decis. 140. num. 1. quod ita saepius fuit resolutum à severat.

(19)

Castillo ubi supra num. 84. Paricio. Consi. 67. Menochio. Lib. 4. presump. 11 & 12. Farinac. de falsit. quæst. 161. per totam.

(20)

Idem. Dom. Castillo ubi supra num. 84. in fine.

(21)

Farinacius de Penis temperandis quæst. 89 num. 23. & 24. & de falsit. & Simulat. quæst 163. num. 6. & quæst 162. num. 108 & num. 105. & num. 102. Mar

(22)

Card. de Luca
de Testam. disc.
5. num. 9. Me-
nochius. Lib. 3.
presumpt. 126.
num. 11.

23

El Señor Cardenal de Luca, y Menochio (22) afirman: el primero, acontecer muchas veces, que una circunstancia aunque sea por si levísima, es muy considerable en concurso de otras: Y el segundo: Que en las cosas que se hacen ocultamente bastan leves pruebas para informar el animo de los Jueces con el conjunto de todas. *Quoniam sepius contingit quod una circumstantia quamvis de per se levissima sit valde considerabilis ob alliarum concursum ::::: In hijs que clam fiunt, sufficiunt leviores probationes.*

26

Las que combencen el Testamento cerrado por imboluntario, sospechoso, y sugerido, no serán leves sino legales del mayor peso, y en considerable numero: Vistas las circunstancias del Hecho, las pruebas y documentos de que se toman y la calidad de las personas del Instituyente, y del Instituido, del Escribano Valdivieso consultor de todo el negocio, y demás ocurrencias que se notarán à su tiempo.

27

La primera; porque el amor, y afeccion que tubo Don Nicolas à su muger hacen inverosímil que en el Testamento *in scriptis* la dejasse excluida instituyendo por Heredero à su hermano Don Juan. La inverosimilitud de los Hechos es conjetura legal para arguirlos de dolosos, y reprobados, como enseñan (23) con multitud de DD. Farinacio, Tusco, y Mascardo; y llama fortissima esta conjetura el Señor Cardenal de Luca; porque no es creible que el Testador pospuesta su muger contra el comun uso de los hombres de honor, quisiessse dejar grandes riquezas à un Hermano que no tenia meritos para ello, antes si motivos para defabrimiento, pues como dice el Licenciado Don Francisco de Paula Ximenez Sarco (Sobrina

(23)

Farinacius de falsat. & simular. quest. 162. n. 215. Tuscus Lit. S. conclus. 262. num. 5. Mascardus Conclus. 440 num. 9. Luca. de testam. disc. 6. num. 9.

brino de uno y otro) Presvitero à fox. 104. Quaderno 3. Don Nicolas vivía quejoso de su hermano, porque queria subordinarlo, y mandarlo siempre en su persona, y bienes. De ordinario las Leyes han reputado à la muger por una de las personas mas amadas en atencion à aquella estrecha sociedad, y mutua relacion que interviene entre los Coniuges. Por esso Antonio Gomez (24) expresa que no por otra cosa la muger tiene preferencia para acusar la muerte del Marido, que por concurrir en ella mayor conjuncion, y afecto, y ser dos en una carne; y su Adicionador con infinitos AA, aun respecto de los hijos, le dá prelación en acusar, y remitir por la misma razon.

28 Esta presumpcion de inverosimilitud sube à tal extremo que pasa à ser monstruosidad, pues en todo el contexto del Testamento no solo se encuentran disposiciones à favor del Heredero, sino del Escribiente, y Escribano sujetos extrangeros de la voluntad de Don Nicolas; y à Doña Juana Ygnacia unicamente se le señala un legado condicional de 30 pesos, como que esta cantidad importasse cabal remuneracion de sus servicios, y fuesse correspondiente à una Señora de sus circunstancias. Doña Juana Ygnacia entre otros Parientes tiene un hermano Eclesiastico, y podrá persuadirse que un Marido tan amante de su muger, quando pasa à hacer fundaciones no se acuerde de sus Parientes, y interese à unas personas tan poco recomendables como Valdivieso, y Ruidiaz? Luego es visto la inverosimilitud de la disposicion, y que no de otro modo pudo el Testador haber procedido à ella (en la hipotesi de no intervenir falsedad) sino es forzado, y persuadido con sugestiones.

29 La segunda presumpcion se toma de la ca-

E

lidad

(24)

Antonius Gom.
Lib. 3. Variar.
Cap. 3. num. 65
in fin. Bobadilla.
Lib. 3. Politicæ.
cap. 15. ad num.
131. Ayllon. n.
66. Verbo Vxo-
rem.

calidad de las personas; quando la muy sagaz contrahe con la que es muy fragil, como el Pupilo, la muger ò otra semejante, singularmente si el acto se executa con clandestinidad, lo que procede no solamente en los contratos, sino en qualesquiera otro negocio. Y la tercera conjetura que esfuerza la antecedente es si se usa de tan nimia diligencia, y cautela que no se acostumbra practicar en semejantes actos. (25) *Decima septima Conjectura doli sumitur à personarum qualitate, sicuti quando multum sagaz contrahit cum Pupilo, Minore, Muliere vel simili quorum fragile est consilium, nam tunc dolus insagaci presumitur Idem dicendum in reliquis actibus & negotijs dolum presumi personarum qualitate inspecta Decima octava conjectura doli quandoquis usus est nimia diligentia & cautela atque itaque plus fecit quam fieri consuevit.*

(25)
Menochius. Lib.
5. presump. 3.
num. 100. Cravet. consilio 282
num. 2. & num. 102. Albericus in Leg. dolum. Cod. de dolo. Decius in cap. sin autem. num. 3. de Rescriptis.

20 La solercia y sagacidad de Don Juan de Ribera se combence por sus irregulares diligencias para conseguir el efecto del Testamento, y estas mismas manifiestan la cautela, pues el Licenciado Don Juan Joseph Tallédo Presbitero, testigo de la prueba contraria á fox. 19. Quad. 4. declara: Que estando en la Hacienda de Chipillico recibió una carta del referido Don Juan previniendole pasaria el Escribano Valdivieso para la Serrania de Yervas buenas, y que seria bueno persuadiesse à Don Nicolas à que concluiesse, y perfeccionasse, la obra del Testamento cerrado con semejante ocasion de Ministro de Fé. Antes ya habia hecho que el Escribano Valdivieso le sugiriesse los apuntes por donde iba dictando el Testamento, pues assi se conoce por el estilo que no era proprio de un hombre del Campo, y que no podia advertir

tir industriosas cautélas de derecho. Dispuso el acto en ausencia de su muger. Conferenció antes el Testamento con el Escribano Valdivieso, el P. Taboada, y el Heredero; como lo declara Juan Joseph Cortés, testigo instrumental de él à fox. 56. Quad. 3. en la 6. y 16. Pregunta; y Juan Diaz de Ruidiaz á fox. 38. Quad. 4. Despues de subscripto lo llebó à su poder, y muerto el Testador diffirió su presentacion cautelando siempre su contexto.

31 La fragilidad, y menos adbertencia de D. Nicolas de Ribera se manifiesta por la inconstancia y debilidad de su animo tan expuesto à tantas ilusiones, y engaños, porque no de otro modo se hubiera reducido à semejante disposicion, pues si tantos pasajes vemos vertidos al Publico, que no se le ponderaría al Testador para la meditacion de esse Testamento?

32 La quarta presumpcion nace de las clausulas insolitas que contiene el *in scriptis*, las que las ministran, y fundan, porque arguien con evidente demostracion el dolo, especialmente si lo tiran à ocultar como enseñan Farinacio, y Menochio, recogiendo copioso numero de textos y AA. (26) *Tertia conjectura erit, quando in instrumento reperiuntur plures insolite clausulae quae propterea arguunt simulationem Ita pariter dicimus clausulas insolitas in Instrumento arguere dolum.*

33 Si ocurrimos al Testamento cerrado solo el serlo es cosa insolita, y rara vez se habrá visto en los lugares de la residencia del Testador. La clausula derogatoria por si misma es extraordinaria principalmente en las Mugerès, y Rusticos que no entienden su vigor, como en su lugar fundaremos. La otra clausula que dice que qualesquiera otro Testamento, que otorgue aunque sea à los

(26)

Farinacius. desal sit. & simulat. quest. 162. num. 155. Glosa in Leg. si quis sub conditione, & in Leg. 1. ff. de conditionibus institutionum & refert. DD. copiam Menochius Lib. 3. presumpt. 82 num. 103. & Consilio 1. num. 338. ubi fufius.

ulti-

ultimos de su vida hade ser por no displacer á su muger, y que quiere que no valga: no solo es irregular por no encontrarse en ningun Formulario, sino puesta con estudio para suponer antiguo proposito cerca de essa disposicion.

34 Estas expresiones tan vivas denotan con su redundancia la energia de la sugestion, pues para instituir á su hermano por Heredero bastaba que lo dijera llanamente, pero como el animo era disimular la sugestion, con el mismo disimulo se hubo detexer. Así suele suceder que en nuestro propio negocio seamos mas torpes que en el ageno, y que se enturbien los Consejos. (27) *In suo quisque negotio evetior est quam in alieno: Turbida enim sunt consilia eorum qui sibi suadent.* conque nos solemos persuadir por medio de las escusas conque tira á ocultarse la sugestion. De fuerte que una superfluidad manifesta, agrava mas la prueba de la sugestion, y puede decirse que el mayor defecto de la disposicion consiste en lo que le sobra, y el mas claro espejo en que se mira la sugestion es el velo conque se cubre.

35 La quinta se infiere de la clandestinidad del Hecho, por el lugar de Cacaturo que se procurò como proporcionado para mayor secreto; pues la clandestinidad del sitio se reputa por prueba de simulacion en sentir de graves AA. y aunque por si sola no sea bastante coadiuva mucho (28) concurriendo otras varias pruebas de la Sugestion, y sus causas como las que hasta aqui van de mostradas.

36 Ni se diga que el concurso de siete Testigos y el Escribano excluye la sospecha de sugestion á el modo que la multitud de Personas la de falsedad, como enseña Farinacio (29) porque es tan diver-

(27)

Curcio. Lib. 1.

(28)

Vrfaia. Tom. 9
part. 1. disceptat.
23. num. 14. Fa
rinacius defalsit.
& simul. repeti-
ta quest. 162. n.
205. & 209.
Card. Tuscus
verbo simulatio
Concl. 264. num.
22. Mantica de
racitis & ambig.
Lib. 8. tit. 20 n.
42. & 211.

(29)

Farinacius defal-
sit. quest. 153.
num. 216.

diversa la razon, como que no negamos que subscribió Don Nicolas el Testamento en presencia de los Testigos, y solo defendemos el que accedió al acto inducido, y sugerido con antecedentes preparaciones, aun tomadas de algunos de los mas autorizados entre ellos mismos.

37 La sexta se colige de las declaraciones contextes de Ruidiaz y Gallo, cuyas palabras quedan anotadas; en las que consta que subscrito el Testamento el Testador exclamó trayendo à la memoria la obra pia que tenia fundada á favor de los RR. PP. Jesuitas, y esta exclamacion prueba concluyentemente lo involuntario en que consiste el dolo de las sugestiones conque se le indujo à la disposicion. Aqui declaró el Testador su mente y con las mismas expresiones dió á entender ser contraria su voluntad.

38 La septima (que comprueba la anterior) se arguye del papel Testamentario de fox. 40. Quaderno 3. pues en el derecho el animo se presume por el efecto, y esta es una prueba sensitiva y la más eficaz, y así se dice que los Excitos prueban los actos, y el efecto denota la causa (30). *Præterea habemus in Iure locum ab effectu, à quo sumptum argumentum est frequens fortè est multum efficax, quia est probatio sensitiva qua nulla est efficacior. Nam querere rationem ubi habemus sensum, est infirmitas seu devilitas intellectus, ex efficaciatu effectus arguitur potentia cause efficientis. Exitus enim acta probat, & effectus denotat causam.* El de Don Nicolas fuè notorio porque despues de otorgado el *in scriptis*, deseando evitar el fraude que habia padecido sin mas consulta que su proprio arbitrio dispuso dicho papel escrito todo de su letra, y

(30)

Everardus. loco argum. legal. loco 21. num. 1. 2. 4. & ibi pluribus citatis varia subijcit. exempla.

puño (y comprobado despues de su muerte) en aquel language harto diverso del primer Testamento, y bien proprio de la cortedad de su talento en que no solo declara la herencia à favor de Doña Juana Ygnacia, fino que empieza su disposicion en esta forma. *Digo yo Ec. que vivo yo, ó despues de mis dias ninguno de mis Deudos ni Parientes tienen que hablarle palabra, pedir ni demandarle nada, ni de su Ropa ni alhajas fuyas, ni de lo que yo le he dado, ni de todos mis Bienes reconocidos, y por reconocer à mi muger Doña Juana Ygnacia pues no tengo heredero forzoso ni transversal &c.* como para dar à conocer que sus Parientes le habian extorcido la voluntad en aquella primera disposicion subscrita en Cacaturo. Ahora se percibirà la verdad de la exclamacion antecedente, porque no contento el Testador con haberse manifestado con tanto enfado en el Testamento escrito, quiso exprefarse mas en forma, y à su modo de entender reservando su postrimera voluntad en la Gaveta de su Escrivanía, de donde se extrajo despues de su fallecimiento.

39 La Octava se concibe de las circunstancias que precedieron para ordenar el Testamento y autorizarlo con la subscripcion de los siete Testigos y Escribano. Ruidiaz uno de los instrumentales declara que el Testador gastó 13. dias en concluirlo, y no se subscribió hasta 31. de Octubre del mismo año en que mediaron seis meses diez y siete dias. La morosidad en uno y otro acto es otra sospecha legal que en ocurrencia de las demás circunstancias hace mucho por la sugestion, como con la authoridad de Juan Bautista Espada, pondera el Eminentísimo Luca.

ca. (31) *Pro ut in casu Espade multa concurrerant circumstantia quæ in simul unita magnam producebant suspensionem, quia Schedules testamentaria supponitur per biennium ante rogatum confecta* Pues quien dessea ordenar su ultima voluntad dirigiendola por apuntes, puede evacuar essa diligencia en un solo dia, mayormente componiendosse de nueve foxas, y teniendo Amanuensse que llebasse la pluma. Quando algun justo embarazo lo hubiesse impedido, no se retardara seis meses diez y siete dias la subscripcion, pero como no era libre Don Nicolas para dirigir sus acciones, por todos medios quiso darlo à entender pudiendosse decir sin temeridad, que hasta ahora estubiera sin subscribirse, sino hubiesse llebado al Testador como de la mano, y prevenido al Escribano para que lo autorizasse.

40 Por todas estas presumpciones parece que no queda la menor duda en la nulidad del Testamento cerrado como involuntario, y sugerido en todos sus principios medios, y fines.

41 La otra perfeccion de solemnidad tan poco se encuentra. De esta hablan las Leyes (32) y con ellas sus Compiladores. Siete Testigos con un Escribano son necesarios para el valor del Testamento *in scriptis*. Aunque este numero materialmente aparece en el que se subscribiò en Cacaturo en 31. de Octubre de 1757. en realidad falta un Testigo, y el Escribano, porque Ruidiaz no pudo serlo, ni Valdivieso autorizarlo.

42 No pudo ser testigo Ruidiaz porque confiesá que escribiò el Testamento, y en la fundacion de la Capellania se llama à su goze, y Patronato. En el derecho comun es integro todo el Titulo delCodigo de aquellos que se adscriben

(31)

Espada. Consil.
89.num.8. Card
Luca. de Testam.
Disc. 5. num. 7.
verbo *Pro ut* &
sequitur ponde-
rando alias con-
jecturas quas antea
retulimus.

(32)

Leg. 3. taur. &
2. Lib. 5. tit. 4.
Recopil. Castel.

en los Testamentos advirtiendosse que es un grave delito contra la Ley Cornelia Testamentaria, y Senado Consulto Liboniano que prohiben, y defienden, que el Testamentario, ò Heredero aun dictando, y queriendo el Testador, escriba de su mano la institucion, legado, ó fideicomisso à su favor; y declaran delinquente à el que escribiendo ageno Testamento aun con voluntad del Testador se aplica de su mano misma el Legado: De suerte que en aquella parte debe pedir que escriba otro para evitar la pena de la Ley; y aunque en la realidad no sea falso el Testamento, se reputa como tal; sin embargo de que el que lo executa ignorante, ò forzado el Testador comete rigurosa falsedad. (33) *Ergo ex Senatus Consulto Liboniano in penam Legis Corneliae incidit Testamentarius qui dictante, nuncupante volente Testatore sibi aliquid adscribit, nam si hoc faceret invito vel ignorante Testatore plane & directé locus esset Legi Corneliae Testamentariae non Senatus Consulto Liboniano. Aliud est falsum, aliud quasi falsum, pena falsi vel quasi falsi: falsi ex Legge Cornelia Testamentaria; quasi falsi ex Senatus Consulto Liboniano.* Y es la razon porque las Leyes quisieron amover de los Testamentos toda ocasion de falsedad, y ya se ve que no es poca la que se le presenta à el que escribiendo el Testamento quiere interesarse en su contexto. La pena de falso no solo se adapta à los que directamente lucran en él escribiendolo, sino tambien à los Mandantes en essa razon. Ygualmente comprehende al Marido que en el Testamento de su muger hace disposicion à su favor: Y aun los Sacerdotes, y Padres espirituales que escriben los Testamentos de sus Hijos de espiritu no pueden adjudicarse cosa alguna

(33)

Cujacius intit.
23. Cod. de hijs
qui in testam. si-
bi adscrib. Leg.
im Puberem. Leg.
adimendo ff. eo-
dem. Leg. Divus
15. ff. ad Leg.
Cornel. de falsis
integro tit. Cod.
de ijs qui sibi ad-
scribunt in testam.
specialit. in Leg.
3. Prosperus Fa-
rinacius Quæst.
150. de falsis. &
simulat. part. 8.
nm 1.

alguna, y todo lo escrito se entiende como que no se hubiese hecho (34) *Adscribentes sibi legatum fideicomissum, seu hereditatem in Testamentis & ultimis voluntatibus sunt incapaces relictorum & pro non scriptis habentur.* Amplian tanto los AA. esta doctrina, que aun no exceptúan aquellas mandas generales, y que se dirigen á Hermanos, Parientes, y otros Allegados. Y por todo es preciso arguir que puesto que nadie puede interesarse así, sus Hijos, ni Deudos en el Testamento que escribe, porque se presume falso, *pena falsi tenetur.* Juan de Ruidiaz tampoco debe reputarse por testigo habil habiendo sacado su parte dando lugar á su descendencia en el Patronato, y Capellania.

43 Los Testigos que tienen algun interés afec-
cion ó comodo en la Causa no son admiti-
dos á testificar. El Abogado, y Procurador tam-
poco pueden deponer en la que defienden, ni el
Tutor en la de su Pupilo. (35) Fuera del inte-
res de Ruidiaz lo estrechaba el vinculo de amis-
tad y Parentesco con Don Juan de Ribera por
cuya causa debe entenderse lo mismo uno que o-
tro, pues la amistad estrecha produce el titulo de
confraternidad, y en los Amigos es una misma la
voluntad, especialmente en aquello aque conspiran.
El Derecho los equipara á los consanguineos, y el
ruego del Amigo es duplicado mandato. (36) *Nam*
amicitia consanguinitati similis est; atque idem
affectionis Vinculum habet ::::: Amicus non levi
amicitia comparatur consanguineo ::::: Imo ami-
titiam sanguinis conjunctionem preferendam ::: A-
micus in fure frater nuncupatur, dicitur alter

G

ego

Cap. 7. Graciano cap. 200. num. 10. Narbona de etate anno 14.
6. Leg. nemo 58. §. 1. ff. de heredibus instituendis.

Idem Farinacius
ubi supra num.
177. & num.
192. Leg. 1. &
finali ff. que pro
non scripta habentur.
Leg. quod
adhib. & ibi Glo
sa & DD. Cod.
de his qui sibi ad-
scribunt.

Farinacius. Prax
crimin. de oposit.
contra testes qu-
est. 60. per to-
tam. De inde e-
ad. quest. Ilat. 8.
num. 272. usque
ad num. 278.
Leg. finali ff. de
testibus. Leg. 26
tit. 18. part. 3.
Textus in capite
si testes omnes &
testes quos acusa-
tor 4. quest. 3.

Dom. Covar-
rubias de testam
cap. 15. num. 13
Barbosa 5. Axio
mate 24. Vale-
rio Max. Lib. 4.
quest. 43. num.

ego Qui frater non est si fraterna charitate diligitur, recte cum nomine sub appellatione fratris heres instituitur, ad quod aludit illud. Scribere me Augustus iubet, mea carmina poscit. Pené rogans blando vis latet Imperio.

Conque debemos concluir que en haberlo escrito Ruidiaz y por Heredero à su estrechísimo Amigo Don Juan de Ribera, cuyas confianzas hà desempeñado con tanta satisfaccion (aun despues de muerto) como consta en los Autos, es lo mismo que haberlo escrito el propio Don Juan.

44. Aunque el Manuscrito se explica con bastante satisfaccion sentando por cierto que los Tutores pueden ser Testigos à Exemplo del Legatario: el texto en que se funda este aserto debe entenderse segun la opinion de Bartholo quando la causa no se sigue por el Tutor sino por otro. *Farinacio ubi supra. Et pro contraria opinione facit alia conclusio DD. volentium quod Tutor potest esse testis pro Pupilo, quando non per se, sed per alium litigat.* Pero no sea embarazo la disputa de si los Legatarios puedan ser testigos, no obstante la variedad de opiniones que hay sobre ello, porque aunque se conceda tal habilidad; el Amanuense Ruidias, no solo es repellido en quanto Legatario, sino como Escritor del Testamento, que por haber querido hacer Capellanes à sus Hijos, vino à hacerse sospechoso de falsedad incidiendo en la pena de la Ley.

45. Menos pudo haber autorizado el Testamento el Escribano Valdivieso, por que los Escribanos representan lugar de Testigo de tanta autoridad, que valen por dos, (37) y yà se hà fundado con copioso numero de doctrinas, que los que se interesan en el Testamento no pueden so-

(37)

Par. Bauprista
Fragoso part. 1.
Lib. 5. de obligat.
moderata Reipub.
blica. disputat.
13. de Notarijs.
num. 314. Mas
cardus. de probat.
conclus. 1099. n.
5. Baldus in Leg.
siquis decur. in fi
ne Cod. ad Leg.
Cornel. de falsi.
Albericus in Leg
vxor. ff. eodem.

(27)

solemnizarlo con sus deposiciones. Hablando específicamente de los Executores Testamentarios el mismo Farinacio (38) enseña que no pueden testificar en aquellos negocios que por su ministerio han de executar, y cumplir. Y verdaderamente que motivo menos ocurre para que el Abogado, ó Procurador, no puedan atestar en la Causa de su Clientulo, que el que tubo Valdivieso para dexar de authorizar el Testamento en que fuera del lucro de la Capellania le llamaba el honor, y representacion de Albacea.

46 Los Executores Testamentarios aunque no se consideren en la misma classe de los Herederos por lo que hace á la successión, y dominio de los bienes del Difunto; á lo menos tienen sus veces como Mandatarios universales para hacer todo lo conveniente al cumplimiento de la ultima Voluntad. Es la primera conclusion de Carpio (39) En otro lugar propone la question del Escribano que se nombra Albacea en el Testamento que authoriza (40) Responde negativamente con la propia razon que prohíbe á el Amanuense: *Capere de Testamento.*

47 Quando se permitió que los Legatarios podian ser Testigos, se reservò la razon que es oportuna para el asunto presente. El fundamento solido de essa assercion consiste, en que el Legatario es un Successor particular con quien el Testador nada trata á diferencia del Heredero que como Successor universal representa la persona del difunto. *Et cum eo totum negotium gestum est.* Ahora pues si el Executor Testamentario hace veces de Heredero en quanto Mandatario universal que ha de desempeñar el cumplimiento de todas las disposiciones; es consiguiente que no pueda subscribir el Testamento actuando en su Oficio.

(38)

Idem Farinacius
loco citato. linit.
8. num. 282.

(39)

Carpus. de Exe
cutorib. cap. 9. n.
20.

(40)

Idem Lib. 1. cap.
10. Petrus Pech.
de testam. Con-
jug. Lib. 3. Cap.
10. in principio.

(41)

Pat. Fragosus
ubi supra num.
3. 14. cum Pat.
Molina de Justi-
tia & jure Trac-
tatu 2. disputat.
125. Card. Ma-
tica de conjectu-
rijs ultim. volunt
Lib. 1. tit. 6.

48 Otros dos Lugares no son dignos de omitirse para comprobacion del mismo intento, El Padre Fragoso *proximè laudatus*, y el Cardenal Mantica (41.) defienden que el Escribano que aprueba, ò publica el Testamento *in scriptis* en el qual es instituido por Heredero, Legatario, ó Fideicomisario, ora sea de su muger, ò de qualquier otro: *Tenetur pena falsi. Porro Testamentum distinguitur in duas species namque aliud est in scriptis, aliud sine scriptis quod nuncupativum appellatur. Inter cetera notandum est quod Notarius in Testamento in scriptis sibi vel Patri in cuius est potestate legatum vel fideicomissum ad scribere non potest, & si adscripserit pena legis Corneliae defalsis tenetur.* No es asi en el Testamento nuncupativo, porque en él se purga toda sospecha por la deposicion de los Testigos que oyeron la voluntad del Testador.

49 No se repare que estos AA. hablan del Albacea que escribió el Testamento; lo primero por que yá el Oficial Real en su manuscrito encierro modo confiesa que el Escribano Valdivieso fue el Director; y Blas Gallo à quien tanto favor se hace contexta lo mismo à fox. 55. buelta Quaderno 3. Lo segundo; porque para el efecto lo mismo es que el Escribano Valdivieso escribiera el Testamento que corriese à su direccion; segun el sentir de Farinacio, y otros. Lo cierto es que el Testamento en toda su organizacion descubre que Valdivieso fue su Author y resultando de su contexto la institucion de Albacea en segundo lugar, y el beneficio del Patronato, y Capellania, es visto que no pudo authorizarlo para que gozasse de la solemnidad que previene la Ley Real.

Para

50 Paraque no falte un Romancista en nuestra defenza; el Licenciado Pedro Siguenza en el tratado que escribió para Juezes, Abogados, Escribanos Procuradores, Partidores, y Confesores se hace cargo de la question, y la decide así (42) Y para conclusion de esta duda se responde con la distincion siguiente: scilicet que si el Testamento fué *in scriptis* adonde el mismo Tercero que escribió el Testamento se nombró por Heredero del Testador, ó señalo manda, ó legado; que entonces será nulo el dicho Testamento, y no se debe cumplirlo en el contenido, puesto que los Testigos no saben si es verdadera aquella institucion. Reparese la expresion señalo manda ó legado que entonces será nulo el dicho Testamento. Esto habla aun con el Escribiente Juan de Ruidiaz que por Legatario queria quedar indemne de la inhabilidad, y pena que lo comprehende. De fuerte que en sentir de todos los AA. que se han compilado, y otros muchos que se omiten, el Escribano que es Albacea, y Interesado en otra manda no puede authotizar el Testamento *in scriptis* aunque pueda comprobar el nuncupativo; y el Testigo que tiene casi el mismo interez tambien está impedido para subscribirlo pena de la nulidad.

51 La sabia penetracion de los Jurisconsultos advirtió muy bien todo lo que podia ofrecer de inconvenientes que los mismos que auxiliaban à escribir, y authorizar los Testamentos, se interessassen con mandas, y otras disposiciones. Por esso los declara incursos en la pena de falsos, porque tales se sospechan por el mismo hecho. En el Testamento *in scriptis* que subscribió Ruidiaz, y authorizó el Escribano Valdivieso se hace tan visi-

ble esta presumpcion que passa hoy á demostrarle evidencia.

52 En nueve foxas dixo el Testador que estaba contenida su disposicion Testamentaria la que manifestó á los Testigos para que la subscribiesen. A qui es preciso redoblar toda la atencion. Subscrito este Testamento lo llevó á su poder de propria authoridad Don Juan de Ribera, y no lo manifestó hasta despues de muchos dias de la muerte de Don Nicolas. Llegò el caso de que se comprobasse, y presentado en los autos aparece con las mismas numero foxas pero entre ellas un pliego diverso de los demàs en marca, en tamaño de letra, y variedad de figuras en la conclusion de las paginas.

53 La diversidad de Marca es notable por que las seis primeras foxas separandola de la subscripcion, son de un papel que tiene la de una Jarra, y la octava y novena en la numeracion del processo, que es el pliego inserto, demuestran la de tres Mundos con su Cruz clara, y visible. Sigue la decima, y volvemos al papel de Jarra hechandose de ver con mas individualidad en la blanca que le acompaña. La disformidad en el tamaño de letra se descubre al primer golpe de vista pues los tres pliegos primeros van escritos con regular disposicion de letra abultada, y el quarto se mira con una grande disonancia, y de letra muy metida de suerte que para acabar à plana, y renglon la novena foxa se viò precisado el Escribiente que lo fuè el mismo Ruidiaz à abrirse en los ultimos cinco renglones de su buelta, cuya letra conviene con la de las ojas antecedentes, y la que le sigue para la conclusion. Es tambien desigual en las figuras rayas que se ven al final de la plana de

de cada columna por la superabundancia de rasgos que se notan en el pliego inserto que no manifiestan los otros; como que el Amanuense no tubo presente lo que dejaba en las primeras; y puso los que le sugirió su discurso en aquel punto. Asi consta del examen que hicieron los Escribanos de Camara en presencia del Señor Juez Semanero Doct. Don Pedro de Echeverz y Subiza, y lo certifican à fox. Quaderno 3. aunque no expresan que las siete foxas del Testamento son de papel de Jarra, quizá porque con lo escrito no pudieron distinguir perfectamente la Marca, y se percibe por aquellas rayas que dejó visibles la tinta.

54 Poco importaría este complejo de reparos si en el pliego que se dice interceptado el Testador hubiese colocado algunas disposiciones enteramente distantes del interés de Valdivieso, y del Escribiente Ruidias. Pero que querra decir que en este viniese à caer la institucion de Capellanía, nombramiento de Capellanes, y clausula derogatoria vinculada con la Religion del Juramento? Es mucho para casualidad que Don Nicolas de Ribera tubiese papel de Jarra paraque se escribiesen las siete primeras foxas, la decima, una blanca que queda en esta, y el pliego de la subscripcion actuada á los seis meses, y diez y siete dias de la fecha del Testamento, y solo para la clausula derogatoria, y institucion de Patronos, y Capellanes en Valdivieso, y Ruidiaz fuese à buscar el pliego de los tres Mundos con su Cruz. Sin duda todo este misterio quiere decir que ambos tenian à la mano el Testamento que no desdeñaria de fiarles Don Juan de Ribera, y paraque la utilidad no fuese solo del Heredero arbitraron el modo de

de aprovecharse siquiera con el nombramiento de Patronos, y Capellanes, subrogando esse pliego que nadie pudo advertir porque el Escribano Valdivieso que era author del hecho tubo buen cuidado de hallarse presente para comprobarlo.

55 Aun llevando las cosas à principios sobrenaturales parece que la Divina Providencia hà querido descubrir la interceptacion, y falsedad. Reconocido el pliego que se dice interceptado se descubre con una notable averia, en la mayor parte apolillado, y mucho mas en aquel espacio donde justamente cae la clausula derogatoria. Noteffe que en los quatro quadernos de que se componen los autos no se encuentra igual defecto ni aun en el mismo Testamento en las foxas que le preceden, ò subsiguen se repara vestigio alguno por donde la Polilla se hubiesse introducido, y no es facil permitirse que pueda pasar tambien por casualidad este hecho, que resalta al menos advertido, y diò golpe à todos los inteligentes que lo han especulado, quienes atribuyen la manifestacion de este Suceso à obra de superior poder, que no siempre tolera iniquidades en perjuicio de tercero. Todo es materia de Hecho que se sujeta à la fidelidad de los Ojos, y es lo que se desea para que los Señores Juezes formen una fixa y permanente idea pues las voces corresponden al oido pasan breve, y con pereza mueven el animo dixo Horacio.

*Segnius irritant animos dimissa per aures
Quam quæ sunt oculis subiecta fidelibus.*

(43)

*Leg. si ex fals.
Cod. de transact.
authent. de Test.
§. licet. colat. 7.*

56 No necesita mas calificacion la falsedad que se atribuye al Testamento escrito que la presumpcion que se ha insinuado. La falsedad es un delito de dificil prueba (43) Por esso se justifica

con

con Indicios, y Conjeturas. En las causas civiles la presumpcion de falsedad se tiene por prueba, y los indicios aunque no sean visibiles sino ocultos quitan la feè á los instrumentos. El delito de falsedad, es el crimen mas grave que se encuentra en toda la naturaleza, es la llave y preparacion de toda maldad, pues no hay vida honor ni caudal seguro de la maquinacion de un falsario. Por esta consideracion en el derecho se han establecido muchas penas que refieren Gotofredo, Ancarrano Bocio, Peguera, y otros varios con Farinacio (44) para corregir semejantes Delinquentes. El Señor Larrea (45) dice *Valde difficilem esse probationem falsitatis, adeo semper in occulto fieri ut ex divina revelatione sit probanda ::::: Falsitatem probari inditijs presumptionibus & conjecturijs, maxime in causis civilibus, est opinio concors omnium DD. ::::: In causis qua respiciunt partis interesse, presumptio falsitatis habetur pro ejus probatione quia lex contenta esse debet ea qua haberi potest ::::: Quo ad causam civilem presumptiones falsitatis sufficere, etiam si non fuerint vitij visibiles sed latentis & invisibilis sufficere ad detrahendam fidem instrumento. Y concluye & Iudicem in cuius arbitrio est fides instrumenti non deberi in hoc casu eam adhibere.* Siguenle Barbosa Menochio y los que uno y otro citan; resolviendo ultimamente que el instrumento sospechoso de falsedad, se presume hecho por aquel en cuya utilidad cede, y contra el resulta un vehemente indicio fundandosse en el derecho. A lo que alude la oracion que por Sexto Rocio Amerino hizo el grande Ciceron. *Lucius Cassius ille quem Populus Romanus verissimum & sapientissimum Iudicem putabat, idem*

(44)

Farinacius. quæst
150. de falsit. n.
17. cum alijs ibi
adductis.

(45)

Dom. Larrea ale
gat. 96. num. 1.
2. 3. 8. & 25.
cum Leg. Iube-
mus. Cod. de pro-
bat. Cap. inter
dilectos de fide
instrum. Barbosa
Vot. 68. Meno-
chius. Lib. 5.
Presumpt. 20.

eadem in causis querere solebat cui bono fuisset. Y en la de Tito Annio Milon. *Per hæc; quoniam igitur pacto probari potest incidias Miloni fecisse Clodium, satis est in illa tan audacia tan nefaria bellua docere magnam ei causam, magnam spem in Milonis morte propositam, magnas utilitates fuisse, itaque illud Casianum cui bono fuerit in his personis valeat. Huc usque Cicero.*

§ 7 Por tanto se viene en conocimiento que la presumpcion de falsedad està contra Valdivieso, y Ruidiaz como que ambos se interesaban en el pliego, principalmente no siendo de integra fama, sino de una conducta, y deprabada habilidad, que se halla bien calificada en causa que se sigue en la Real Sala del Crimen. *Quoniam semel malus presumitur talis in eodem genere mali.* Luego estando tan visible, y no latente (como dice el Señor Larrea) la que se hà descubierto; ninguna feé se debe dar al Testamento *in scriptis*; y la presumpcion que se le opone vale por prueba de su calificacion.

§ 8 La sospecha contra el Escribano, y el Escribiente Ruidiaz no se purgó con la renuncia que el primero hizo del Albaceazgo, ni se salva con decir que el lucro del Patronato, y Capellania era remoto. Lo primero, porque segun se ha fundado en los numeros antecedentes, Valdivieso sabia que era nombrado Albacea y Patron, y no siendo uno y otro compatible con el Oficio que actuaba en aquel negocio; la renuncia subseiguiente no hace prueba en contrario como que esta no se admite contra las presumpciones que se denominan *Juris Et Jure*. Lo segundo porque dicha renuncia no fué tempestiva esto es inmediata à la muerte del Testador. El Escribano Valdivieso como Artifice de todo el Testamento sabia el inte-

rés que en él tenía. Luego que falleció Don Nicolás, y se publicó la disposición, ya no pudo alegar ignorancia, con todo no se desdena de entender en su comprobación. Ante él se hace el examen de Testigos: no piensa en desistirse viviendo Don Juan de Ribera, y porque ya se había dicho en los Autos lo conveniente contra su proceder, y aun recusándolo en forma, muerto Don Juan hechò mano de la renuncia persuadiéndose à que así se vindicaba de toda imputación.

59 Lo Tercero; porque no está tan distante el ingreso de sus hijos, y descendientes al goze del Patronato, y Capellania; que deje de verificarse dentro de muy pocos años. El primer Capellan nombrado era Don Juan de Ribera, este no entra en cuenta porque es muerto sin sucesión el segundo fuè el Licenciado Don Balthasar Jayme de los Rios difunto sobrino del Testador, y luego sus hijos. Los terceros llamados son asímismos sus Sobrinos y los que viven en la actualidad se hallan de Sacerdotes, quienes con su estado afianzan la carencia de subcesión legítima. Siguen luego sus demás Parientes, que reduciéndose estos à tres ò quatro Señoras mugeres como Doña Liberata Jayme, demás de cinquenta años viuda sin hijos, y las demás de poco menos incasables, venimos à parar en que no se les puede retardar à Valdivieso, y Ruidias la obcion al Patronato. Pero aunque se mirasse mas remoto esse interés no por esso dejaba de padecer la misma nulidad el instrumento como se explicó con Doctrinas recomendables en los numeros 42, y siguientes hasta el 51. de este Punto.

60 Todavía resta otro Capitulo de nulidad. Por Derecho comun, y de Partida fueron escru-

pulo.

pulossimas las Cautelas que debian observar los Tabeliones en los Testamentos cerrados para que pudiesen surtir efecto las ultimas voluntades, y evitar en ellas toda especie de fraude. A este fin los signos, Cuerdas, Anillos Ruegos, escribirsse el nombre del Heredero por el mismo Testador, y otras futelezas que se hallan hoy antiquadas. (46)

Sciturus est Tabellionibus & his qui conficienda Testamenta procurant, quod si aliter facere aut si fuerint penam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tan necessaria causa versati. En escrito, dice la Ley de Partida, queriendo alguno facer su Testamento segun dice en la Ley ante de esta, si por aventura lo quisiere facer en poridad que non sepan ninguno de los Testigos lo que es escrito en él, puedelo facer de esta manera. Debe el por su mano misma escribir el Testamento si supiere escribir, y sino debe llamar á otro qual quisiere en quien se fié emandegelo escribir en su poridad. Despues que fuere escrito debe doblar la carta, y poner en ella siete cuerdas conque se cierre, demanera que sinquen colgadas para poner en ellas siete sellos; y debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los Testigos escribir sus nomes, é despues de esto debe llamar é rogar tales siete Testigos como dice en la Ley ante de esta, emostrarles la Carta doblada é decirles assi: Este es mi Testamento, é ruego vos que escrivais en él vuestros nomes, é que lo selleis con vuestros Sellos: é el otro si debe escribir su nome, ó facerlo escribir en fin de los otros Testigos ante ellos diciendo assi: Yo otorgo que este es el Testamento que yo Fulano fice, é mandé escribir.

(46)
Toto tit. Cod. de
testam. & specia
liter Leg. omnium
19. Leg. hac con
sultissima 21.
Leg. cum antiqui
tas 28. Leg. jube
mus 29.

Leg. 1. & 2
tit. 1. Partit. 6.

Toto tit. Insti
tut. de testam.
ordinand.

61 Pero las Leyes de Castilla, y Toro à fin de precaber tambien la menor sospecha de dolo, previenen forzosamente con el comun sentir de nuestros Regnicolas; Que el Testamento se hàde entregar cerrado, y sellado por el Testador, y que la subscripcion hàde ser encima de la Escripura del Testamento, y no en pliego blanco de cubierta pues de otra suerte se vicia, especialmente si aparece una disposicion nada regular, y hay otros adminiculos que contribuyan (47) *Siete Testigos con un Escribano los que hayan de firmar encima de la Escripura del dicho Testamento :::: Quia omnes debent se subscribere infra scripturam Testamenti :::: Sed iudicio meo firma hac inquam nomen proprium & connomen Testatoris sub quibusdam caractheribus & signis propria manu factis loco signaculi jure antiquo requisiti subrogatur :::: Solemnitatem istam subscriptionum testamenti in scriptis non in papiro albo esse collocandam, sed à tergo testamenti scripti ita ut non sit ullus falsitati locus. Formula subscriptionis. Dió y entregó á Fulano Escribano ante los Testigos aqui contenidos esta escritura cerrada, y sellada la qual dijo que es su Testamento, y ultima voluntad. Lo contrario se practicò en nuestro caso. El Testamento no se entregò cerrado, pues ya hemos dicho que el Escribano Valdivieso, el P. Taboada, Don Juan de Ribera, y el Testador estubieron retirados en una pieza conferenciando su contenido; siendo la mayor prueba de nuestra conclusion que el Escribiendo Ruidiaz Testigo instrumental, y uno de los mas recomendados por Don Joseph Gomez Moreno, en su declaracion ya citada à fox. 38. Quader-*

K

Leg. 2. tit. 4. Lib. 5. recopilat. Cast. Leg. 3. Tauri. Gomez latissime à num. 29. usque ad 36. Leg. hac cõsultissima Cod. de testam.

Azebedo ibide n. 17. Gregorius Lopez. Leg. 4. tit. 1. partit. 6. verbo Escribit Matienzo in eadem Leg. 2. Glos. 5. Leg. finali tit. 2. partit. 6. Leg. 3. tit. 2. partit. 3. & Leg. 2. tit. 1. partit. 6. Burgos in Leg. 3. tauri n. 111. & 1161.

Ciriaco Controvers. 444. Gracianus Cap. 963 Dom. Luca de testam. disc. 2. ubi plenissimo de cautela formadi subscriptionem in eodem dorso testam ut non sufficiat esse in folio imbolvente propter periculum subfirationis Schedula vera ac suppositionis alterius.

no

Practicus Monterroso à Regnicolis laudatus ut patet ex Matheu contr. 78. n. 43.

no 4. declara que en su presencia, y la de los demás Testigos *se cerró, lacró y subscribió.* Tampoco la subscripcion fué sobre las Tablas ò Folia del Testamento como debió ser, pues se cerró con pliego blanco segun se demuestra, lo que está expresamente prohibido por evitar falsedades, luego es visto que por defecto de solemnidad se desbance el primer Testamento.

62. Prosigue el Manuscrito, y desde el num. 15. hasta el 23. inclusive hace la mayor fuerza en probar que Don Juan de Ribera no se halló en Cacaturo al tiempo de la subscripcion del Testamento sino en Piura, à cuyo proposito refiere las declaraciones de Joseph Cortés, Theodoro Gallo, Juan Diaz de Ruidiaz, y Blas Gallo, que dice haber remitido con un criado suyo el papel de aviso à Don Nicolas paraque concurriese à aquella Estancia respecto de tenerlo así prevenido el Testador al caso que llegasse el Escribano. Con estas declaraciones se impugnan las del Lizenciado Don Pablo Corrèa, y Don Juan de Arriola. A este segundo porque dice que *se acuerda* se le dà presencia en aquel acto, y porque refiere que le hizo proprio Don Juan de Ribera, à su hermano Don Nicolas con Juan Joseph Cortés, se le arguye de falso, quando el Proprio fué remitido por Gallo con su Criado. La presencia de Don Juan de Ribera no se considera inductiva de nulidad por el mismo hecho de haberse hallado presente al Testamento nuncupativo Doña Juana Ygnacia. Tambien no la induce la diversidad de tiempos en que se ordenó el *in scriptis* porque el uno *Contextu actionis* se salva muy bien hallandose los Testigos presentes al tiempo de leerse (48) y firmarse por el que lo dispone.

(48)
Leg. hac consultis.
Cod. de testam.

RES.

RESPUESTA.

63 Con todo el esfuerzo contrario nada se consigue para desbanecer la presencia de Don Juan de Ribera al tiempo de subscribir el Testamento. La verdad es que como advirtiese que su hermano no procedia de su espontanea, y libre voluntad, en la ordenacion, sino precisado de sus sugestiones, constandole ya su conclusion en Chipillico, hizo diligencia paraque el Escribano Valdivieso pasase à Cacaturo. En efecto llegó este al Parage señalado, y entonces el referido Don Juan mandò à Juan Joseph Cortès con un papel avisandole à Don Nicolas de la llegada del Escribano, à fin de que se pudiese en camino para aquella Estancia, en donde le aguardaban. Llegado que fue à Cacaturo se cerraron en una pieza el Testador, Don Juan su Hermano, el Escribano Valdivieso, y Fray Ermenegildo Taboada. Allí le prepararon el animo, y salió de consulta que se subscribiese, y autorizase el Testamento. Y esta es la razon porque en Cacaturo se emmendó su fecha poniendo Chipillico en lugar de *Ca* y *Hacienda* en lugar de *Sitio*, segun lo certifican los Escribanos de Camara en la certificacion ya citada.

64 Los dos Testigos Lizenciado Corrèa, y Arriola declaran el Proprio que se hizo con Juan Joseph Cortès. Este ultimo es Testigo instrumental del Testamento *in scriptis* por tanto no se le puede negar la feè que merece, y hace plena prueba en contrario: (49) *Et quilibet ex dictis testibus facit plenam fidem contra producentem, Et prefatus testis facit contra dictum tantum Et defensorem illius à quibus fuit productus.* La Ley de

Par-

(49)

Dom. Valenzuela
la Consil. 73. n.
8. & Consil. 78
n. 42. D. Vela
disert. 38. cum
pluribus n. 69.
in fine Leg. 31.
T. 16. part. 3.

Partida. *Ca derecho es pues que el los adujo por buenos Testigos en su pleito, que los reciba contra si, si menester fuere, é esto decimos en razon de las personas de ellos.* Dice pues en su declaracion de fox. 56. Quaderno 3. à la 6. Preg. de que ya se hà hecho mencion, que lo firmó en presencia de Don Juan de Ribera. Y à la 16 las siguientes palabras. *Y lo que si es cierto es que el dicho Don Juan de Ribera llamó este Testigo, y le dió un papel paraque se lo llevasse a su Hermano Don Nicolas á la Hacienda de Chipillico donde se hallaba encargandole mucho se lo diese en su mano con todo secreto, y sin que lo supiesse Doña Juana Ignacia su muger que tambien se hallaba, en dicha Hacienda, y con efecto hizo la diligencia este Testigo, y cumplió con el encargo enteramente, de que se siguió el que dicho Don Nicolas se viniesse al sitio de Cacaturo con el declarante en donde firmó el dicho Testamento y subscripcion. Y concluye que en esta ocasion vió que estaban encerrados el dicho Valdivieso, Don Juan de Ribera y Don Nicolas.*

65. Contra este declarante nada obra la prueba contraria, pues Blas Gallo es indigno de credito, así por la dependencia que siempre tubo de Don Juan de Ribera, como porque en esta causa ha hecho tantas declaraciones, y tan diversas que no se puede fixar la consideracion en nada de lo que dice (50) De esta contrariedad, y los efectos que produce es el proprio lugar el Punto siguiente. Quando este testigo mereciesse feé, y lo mismo los demás que con él concuerdan siempre vendrian á quedar en la classe de una mera negativa sus deposiciones, cuya virtud y naturaleza no

pue-

(50)
Benugdelius Bi-
blioteca Juris ver
bo Testis n. 49.
in fine & num.
55. cum copia.
DD.

puede enervar las afirmativas, y mucho mas las de los Testigos instrumentales pues son copiosos los Lugares de Derecho, y Doctrinas que enseñan que importan mas dos Testigos de afirmativa que mil de negativa, que por naturaleza se dice improbable. (51) *At testis qui deponit aliquem descendere à Mauris aut Iudais aut à maculatis qualibet nota deponit per affirmativam; ergo magis creditur uni testi quamvis singulari. vel duobus sic deponentibus contra Petitorem, quam mille alijs deponentibus per negativam pro Petitore. Consequentia ex eo probatur, quoniam magis creditur uni vel duobus deponentibus affirmative quam mille alijs deponentibus per negativam, ut communiter dicunt DD.* Siendo risible el reparo que se le forma à Don Juan de Arriola, porque dixo que se acordaba, como si el acordarse induxera presencia formal.

66 El haberse hecho mencion de la asistencia de Don Juan de Ribera en la Hacienda de Cacaturo al tiempo de subscribirse el Testamento y repararse sobre la diuturnidad que gastò el Testador para concluirlo, influyen tanto contra su subsistencia que son los comprobantes bien fundados de su subordinacion, y de la ninguna deliberacion conque procedió. La presencia de Don Juan de Ribera, ya no se puede negar con lo que hà declarado Juan Joseph Cortès, y fue tan necesaria que sin ella no se huviera subscripto el Testamento. No asi la de Doña Juana Ygnacia, pues à nada coòperò como se dirà en su lugar. Veasse que fue preciso que Don Juan de Ribera se empeñase con el. Licenciado Don Juan Joseph Talledo como se refirió en el número 30. y luego que recibió la esquela Don Nicolas se puso en camino

Carleval de Judi
tys. tit. 2. disput.
3. num. 18. &
38. Covarrubias
de sponsalib. &
matrim. 2. part.
Cap. 3. §. 5. n.
10. Farinacius in
Prax. Crimin.
quest. 65. num.
200. Tuscus Lit.
T. Conclus. 259
& 270.

con el mismo Cortés que se la conduxo. Consideresse con reflexion la consulta que en la Pieza cerrada hubo entre los quatro concurrentes, de donde se siguió la firma, y subscripcion que el Testador aun por si solo no havia querido hechar el Tiempo que tardó Don Nicolas en concluir su disposicion en la Hacienda de Chipillico fue el de trece dias segun lo que declara Ruidias à f. 38. Quaderno 4. donde dice tambien las siguientes palabras: *Vide el pliego sobre la mesa, y á vista de los Testigos que firmaron se cerró, lacró, y se subscribió expressando dicho Don Nicolas que en aquel pliego se incluía su Testamento y ultima voluntad, y les encargó á todos muy encarecidamente guardassen secreto por que no lo supiesse ni llegasse á entender Doña Juana Ignacia su muger.* Y las fechas del Testamento, y de la subscripcion sobre que se ha reflectido de proposito en la octava presumpcion pues no hay acontecimiento que no sea indicio de voluntad harto manifiesta, y declarada.

67 Por todo lo dicho en este Punto se concluye que la disposicion *in scriptis* de Don Nicolas de Ribera fue nula *tam ex parte voluntatis, quam ex defectu solemnitatis.*

P U N T O. III.

EN QUE SE ESCLARECE EL VALOR Y firmeza del Testamento nuncupativo, y se vindica de los defectos que se le oponen.

68 **D**ISCURRE el Oficial Real haver desembarazado el Testamento *in scriptis*

ris de los reparos conque se impugnò, y pasando al nuncupativo consume desde el numero 24. hasta el 34. inclusive en copiar los dichos de los Testigos instrumentales; Cita las declaraciones de Theodoro Cortés à foxas 33. Quaderno 1. de Santiago Lopes de Vbillus à foxas 32. y de Blas Gallo à foxas 46. Quaderno 3. para probar que Don Nicolas de Ribera no estuvo en su entero acuerdo à la fecha de su Ordenacion. Al mismo assumpto hace memoria de Juan Raphael Ponce, y Antonio Valderrama à foxas 31. y 32. Quad. 1. uno y otro que dudan si en el acto de Testar estuvo ò no el Testador en su cabal juicio. Se confiesa que dos Testigos de los instrumentales están contestes en razon del sano acuerdo de Don Nicolas, y para que se dè mas credito à los que deponen se reflexiona (con la Ley Real de Castilla, y Doctrinas de Matienzo en su exposicion que prescribe el numero de cinco Testigos (52) como solemnidad substancial en el Testamento nuncupativo) que si á estos se impugna como falsos el Testamento claudica por falta de solemnidad, mayormente no habiendose dado prueba alguna en contrario mas que la atestacion del Licenciado Correa, quien precisamente hade estar por el Valor de la disposicion para no complicarse en su falsedad.

RESPUESTA.

69. Para conocer quam poco tiene de solidez este Discurso es necesario dar Idea de la calidad de los Testigos; y del modo conque hicieron sus declaraciones. Estos son Gente de poca cuenta, personas miserables, y operarios de las Haciendas que con la muerte de Don Nicolas continuaron à la

(52)
Leg. 1. Lib. 5.
tit. 4. Recop. Cast.
tel. Matienzo
Glos. 4. n. 7.

Voluntad de Don Juan de quien esperaban todos sus alivios. El modo conque declararon dà á entender su animo complaciente. Oygaſe à los que ſobre eſto deponen. Don Santiago de la Roza à foxas 10. Quaderno 3. dice lo ſiguiente. *Que quando ſe traxo à comprobar el Teſtamento nuncupativo ante el Corregidor Don Juan Domingo Perez de la Calle, vió que los mas de los Teſtigos antes de paſſar à dicho acto à Casa del Corregidor entraban primero à la de Don Juan de Ribera, y deſpues de recibirles el Corregidor ſu dicho bolvian à lo de Don Juan. Dice tambien que tres Teſtigos de los que declararon à ſaber Fulano Valderrama, Blas Gallo, y Theodoro Cortés, ſon Compadres del expreſſado Don Juan, y Santiago Vbillus ſu Commenſal, y los demás quaſi Sirvientes ſuyos, y Arrendatarios de aquella Hacienda.* Noteſe que eſtos tres Compadres, y el Comenſal ſon los que refieren la alteracion del Juicio del Teſtador, y yà ſe vè que no podian decir otra coſa, porque haviendo tomado Ordenes de Don Juan antes de declarar, y deſpues buelto à darle cuenta ſegun ſe ha fundado la diligencia havia de ſalir conforme à ſu penſamiento. Noteſe tambien que el Eſcribano Valdivieſo recibia eſtas depoſiciones, y por ſu proprio interès havia de propender à deſtruyr la voluntad nuncupativa dandole de todo razon al referido Don Juan. Concuerda la declaracion de Don Santiago con las de Auguſtin Sanchez, à fox. 51. Santiago Vbillus de la prueba contraria à fox. 79. Licenziado Don Francisco Morante, Presbitero à fox. 92. y Don Juan de Arriola à fox. 99. Quaderno 3.

70 Aunque por Derecho ſea permitido à las partes

partes hablar à los Testigos y traherles à la memoria aquello paraque son presentados, con todo se les prohíbe expressamente que no los corrompan ruegen atraigan ni induzcan: *Y mandamos*

(53) *dice Su Mag. á las partes y acada una de ellas que no sobornen los dichos Testigos, ni los corrompan ni ruegen ni atraian ni induzgan á que digan lo que les cumplieren y no supieren.*

La razon es congruente porque con el soborno ruegos &c. facilmente pueden ser seducidos en perjuicio de la verdad. Assi por esse daño se manda tambien que el Juez de la Causa en tal caso castigue conforme à derecho à los que lo contrario hicieren. Estos recelos hoy se ven practicos en las deposiciones de que se trata, pues unos Testigos que deliberadamente tenian subscripto el Testamento nuncupativo en prueba del concepto que formaron del estado capaz del Testador, por las insignuaciones de Don Juan de Ribera, se atrevieron à declarar lo contrario, pero tan descaramadamente que no tuvieron embozo para visitarle antes, y despues de la diligencia, como en señal de que solo intentaban lograr su beneplacito. Si la prohibicion està tan estrecha para con los mismos interessados que solicitan declaraciones por esse modo menos regulado, quanto mas fuerte deberá entenderse respecto de Don Juan de Ribera, que en la comprobacion del Testamento nuncupativo solo se interessaba en su nulidad, paraque subsistiera el *in scriptis* dispuesto por Valdivieso à su contemplacion.

(53)
Leg. 8. tit. 6.L.
4. Recopil.Cast.

71 El Oficial Real confiesa que dos de los Testigos instrumentales expressan que el Testador estaba en su acuerdo. Estos son Pedro Mendoza, y Gabriel de la Peña, pero omite porque le con-

M

viene

viene las demás deposiciones que conspiran al mismo fin. Don Raphael Zifuentes Prada, Europeo Amanuense del Testamento nuncupativo à fox. 22. Blas Gallo, à fox. 32. Augustin Sanchez, à fox. 31. Licenciado Don Pablo Correa, à fox. 71. y Santiago Lopez de Vbillus, à fox. 79. Quaderno 3. todos convienen en la sanidad de juicio como que se hallaron presentes y lo percibieron por el orden de la disposicion y contestaciones del Diponente.

Ya se notará que Santiago Vbillus, y Blas Gallo, estan contrarios en sus dos declaraciones. En la de foxas 27. Quaderno 1. Vbillus havia dicho que Don Nicolas no estuvo en su acuerdo quando testò, y en la de fox. 79. que se acaba de referir asevera à la 9. pregunta que ciertamente estaba en su juicio. Esta expresion *Ciertamente* con malicia se emmendo, poniendo en su lugar la voz probablemente. La prueba clara, y concluyente de esta emmendatura se percibe del mismo contexto de la extension de su dicho, pues estando salbados al fin los errores, y equivocos que en ella se padecieron como lo deben hacer los Escribanos por su Oficio, se omitió la palabra *ciertamente* sin duda porque ahora despues se advirtió la subrogacion que es especie de falsedad, y como tal la conocen los AA. Blas Gallo, en la de foxas 29. Quaderno 1. tenia tambien proferrido que prevaricaba, y deliraba el Testador, y que no tuvo deliberacion absoluta, y en la de fox. 32. Quaderno 3. expresa que estuvo en su entero acuerdo, y esto mismo lo comunicò al Escribano Sergio Paulino de Avilès, segun lo certifica à foxas 36. dicho Quaderno, lamentandose que por esta declaracion que era conforme à la verdad

dad lo perdía todo, y aun temía que le quemaran la Casa. Recomendase muy particularmente la certificación de Sergio Paulino, (que no se transcribe por ser bien dilatada) para que se forme cabal concepto del artificio con que ha sido perseguida la Viuda en todas sus pretensiones.

73 La contrariedad que se ha notado nos pone en la precisión de examinar un punto bien obvio de Derecho. Que feen merezcan los Testigos que se contradicen en sus declaraciones. Las opiniones están divididas. Unas fundan que se debe atender al primer dicho. Otros ponen la fe por el segundo. Dicen también que se este á lo mas verisimil. No falta quien distinga entre la atestación en juicio sumario, y la que se hizo en plenario. Pero los que con mas acuerdo, y solidez discurren, enseñan que á ninguna deposición se de crédito y todas se repelan castigándose los Testigos con pena de falsos. El Señor Valenzuela Velazquez, (54) *Testibus autem sibi met contrariis (inquit) nullo modo creditur maxime contra Reum.* Farinacio con la plenitud que acostumbra (55) *Regula sit negativa quod Testis sibi varius, aut contrarius nihil probat ::::: Regula sit quod Testis sibi varius & contrarius punitur de falso.* Comprueba su Sentencia con muchos textos del Derecho civil, y canonico. La razon es eficaz porque los Testigos se perjuran en la segunda declaración que hacen contraria á lo que tenían jurado, y como no se deban admitir perjurios aun para probar el delito de lesa Mag. se sigue que sean repelidas sus declaraciones. La consecuencia contra Gallo, y Vbillus se viene á los ojos por lo que conviene no inmórarle en su deducción.

(54)

Valenzuela Velazquez Conc. 163. n. 56. & 57. Specul. Lib. 1. tit. de Testib. §. 12. n. 1. & plur. allijibi citatis.

(55)

Farinacius Prax crim. de opposit. contra Test. dicta quæst. 66. n. 13 eadẽ quæst. part. 2. n. 56. & part. 4. n. 125. 150. 151. & 152.

74 Aun resta otro fundamento paraque à Gallo, y los demás Testigos que contradicen el Juicio de Don Nicolas no se les dé credito; pues sus dichos consisten en mera negativa, à la qual prevalecen las deposiciones afirmativas que contestemente dicen del Testador que estaba en todo su acuerdo. En el Punto antecedente Num. 65. se produxeron las Doctrinas que califican esta proposicion.

75 Pero si con todo ocurre alguna duda la elevada pluma del Cardenal de Luca nos hade facar de ella. Refiere esta Purpura (56) que estando gravemente enfermo Juan de Vienot otorgò su Testamento nuncupativo delante de siete Testigos y un Escribano, instituyendo por Herederos à dos Hijos suyos. Para el caso que muriesen sin sucesion substituyò à Simeon su Pariente, y porque no quedasse sin parte à Ana su muger le dexò una manda. Muerto el Testador Ana viuda addió la herencia, y cumplió sus disposiciones. Murieron despues los instituydos sin Herederos, y llegando el caso de la substitucion de Simeon, sus hijas Margarita, y Magdalena que representaban la persona de su Padre difunto alcanzaron el goze de aquella parte que les correspondia. Moviose litigio, y cometida la Causa à la Sacra Rota, sedió resolucion contra Margarita, y Magdalena Actoras en 24. de Henero de 1659. y 27. de Febrero de 1660. declarando por nullo el Testamento de Vienot. *ob Testatoris amen- tiam* Estas determinaciones se revocaron en 20. de Junio de 1661. Y haviendo quedado las cosas en serenidad passado tiempo se bolvió à mover la instancia en la que fué confirmado el valor del Testamento en 17. de Noviembre de 1670.

(56)
Card. Luca plenè
videndus Discurs
39. usque ad n.
16. de Testam.

76 Los fundamentos que proponia la Viuda Ana como heredera *abintestato* de sus hijos eran dos: El primero la deposicion de algunos Testigos instrumentales, y otros varios que decian que el Testador havia estado tan frenetico, que fuè preciso se le tuviesse bien assegurado en la Cama. Lo segundo que aquel Testamento, no havia sido produccion del Testador sino del Escribano que articulaba la disposicion, y el enfermo respondia con el verbo simple *Si* ò otras señales. El primer fundamento correspondè à este lugar, el segundo se reserva para mejor ocasion. Es *interminis* lo que dice el Oficial Real para desvanecer la disposicion nuncupativa.

77 Por parte de los Herederos del sòstituto Simeon se propusieron seis razones, y aqui se enunciaràn las que conducen à nuestro proposito. La primera porque no hubo pruebas bastantes de la Amencia, y en caso de duda el Testador se presume *sane mentis* cuya presumpcion transfunde *el onus probandi* al Opositor. La segunda, la subscripcion de los Testigos que reconocieron sus firmas. La tercera; la declaracion del Parrocho que lo acababa de sacramentar. La quarta lo bien ordenado y reglado de la disposicion. Y la sexta; que la misma Ana pagó Legados, y cumpliò otras disposiciones contenidas en esse Testamento, y aquellas razones que vencieron à la Viuda de Vienot son las mismas que prometen el Triumpho à la de Don Nicolas de Ribera. No hay prueba bastante que destruya el juicio de este al tiempo de Testar, y por el contrario se ofrece la mas relevante para calificar su sano animo. Los Testigos instrumentales reconocieron sus firmas. El Licenciado Corrèa, que sirvió de Parrocho declara que le administrò los Sacramentos aquella misma ma-

mañana al Testador. La disposicion nuncupativa manifiesta en su arreglo un acuerdo perfecto. Y finalmente el Oficial Real pagò à Doña Eugenia Campo Rosillo Legataria en este Testamento un Legado que se le dexaba.

78 Ya insta la respuesta al fundamento de Ana que es la propria de debe dar Doña Juana Ygnacia al Oficial Real. Los Testigos instrumentales que deponen el frenesi del Testador, no deben ser oidos, y justamente porque como con su subscripcion tengan aprobado la disposicion y cabal juicio de su Author es especie de torpeza alegar lo contrario que no se admite en derecho. *Ac ulterius* dice el Cardenal *cum ex supra dictis ac pluries inprecedentibus testes subscribendo approbare dicentur, ea que per Notarium gesta sunt; ita contrarium asserendo, contrarij dicendi sunt propriam turpitudinem allegantes:.....* Et paulo post potissime quia non agebatur de mentis infirmitate fixa Et conformata, sed de accidentalifrenesi resultante à periodis morbi; non enim omnis hebetudo causam intestabilem reddit. Así tambien no se debe creer à Gallo y los demás que vienen contra el Testamento nuncupativo por la torpeza que embuelven sus dichos. Vieron llegar à delirar tanto que fuè preciso lo ligassen en la Cama, con todo se declaró por valido su Testamento, porque su enfermedad de animo no havia sido fixa, y permanente sino accidental, que pudo resultar de los periodos de la dolencia. *Non enim omnis hebetudo Causam intestabilem reddit.* Luego Don Nicolas que nunca fuè loco ni amente aunque estubiese un poco caydo con el accidente ni perdió la razon; y consiguiientemente la disposicion no se irrita por esse si acaso merece el nombre de defecto. No

79 No dista mucho de la Historia de Vienot la de Juan Jacobo Saxecio, Napolitano Oficial de Platero de Oro (57) Otorgò este su Testamento cerrado en el que describe todos sus Vienes principalmente una Arca con diferentes alhajas de valor, y varias herramientas de su Oficio que havia depositado en el Monte de piedad de la Ciudad de Napoles. Separò la legitima que por derecho le correspondia à un Hijo suyo, y à una Nieta que le havia quedado de otro hijo difunto. Llegando á la institucion de Herederos nombrò por tal al Hospital de Incurables de aquella Ciudad, y ordenò que la Arca depositada se le entregasse por via de Legado al de San Sixto. Falleciò finalmente el Testador baxo de aquella disposicion, y con su muerte se abrió el Testamento, con lo que se pusieron en movimiento los dos Hospitales. Entonces salieron à la Demanda el Hijo, y la Nieta que no havian sido perjudicados en su legitima, pretendiendo se declarasse por nulo el Testamento por haberse otorgado en tiempo que Saxecio estaba amente. Intermediò cierta competencia sobre que Juez hubiesse de conocer de la Causa: En cuyo estado el Hospital de Incurables se convino con los Hijos del Testador por la cantidad de mil setecientos ducados, y se allanò à que fuesen declarados por Herederos *abintestato*.

80 Los Administradores del de San Sixto obtuvieron decreto paraque se les consignasse la Arca de su Legado. Esta providencia dió motivo à que se instaurasse la demanda de nulidad, y aun la competencia de fuero. Los Actores pretendian que se les despachasse remissoria para probar la Amencia del Testador. Resistiólo el Hospital,

(57)

*Idem Card. Luc.
Discurs. 40. per
totum.*

y por las sospechas, y recelos que deduxo se declaró no haver lugar. La Amencia se quedaria dar à conocer porque el Testador con su accidentes; y edad estaba impaciente llamando continuamente al Diablo, y profiriendo otras palabras indecentes quexandose de sus Hijos, y mostrandose tan imprudente con sus Criados que era preciso remudarselos cada dia; pero estos hechos no la probaban en bastante forma. *Aliud enim est (inquit Luca) aliquem esse imprudentem vel hebetem, seu etiam haberè fantasiàm in aliquo ofenssam aliud vero eum esse omnino amentem adeo ut dici valeat intestabilis: frequenter enim videmus præsertim in ijs qui hipocondriacis morbis ac passionibus subiacent, quod ob illam passionem plures actus gerunt ex quibus quasi profuriosis vel amentibus de facto reputantur, & tamen non sunt tales.*

81 Tambien la disposicion Testamentaria quitaba toda sospecha por su reglada ordenacion á la qual en caso de duda se debia diferir debiendose considerar que el Notario y los Testigos en ningun modo se interesaban en la causa pia para que se sospechasse de su feé. Y aunque algunos de los instrumentales depusiesen por la Amencia no se les debia dar credito, como que alegaban su propria Torpeza. (Idem) *Quodque si aliqui ex istis contrarium dicerent, tanquam allegantes propriam turpitudinem essent fide indigni, quam circa Sacramentorum administrationem antea etiam, vel post Testamentum.* Ni el orden que se advertia en todas las clausulas del Testamento podia atribuirse á consejo del Escribano, ò de otro hombre Sabio porque los hechos sobre que se versaba la disposicion à ninguno podian conf-
tar

tar que à el mismo disponente. (Idem) *In hac autem facti specie, bona & prudens ordinatio consistebat in hijs quæ facti erant & quæ non nisi ipsi Testatori innotescebant.* Con todo concluye el Cardenal con la Sentencia de San Agustín, que aunque *stricto jure* el Legado se debia entregar integramente, à consejo à los Administradores de San Sixto que se compusiesseñ teniendo por regla lo que havia practicado el otro Hospital.

82 Toda la defenza del Hospital de San Sixto viene como ideada à favor del Testamento nuncupativo. Juan Saxecio con sus desesperaciones daba à entender que no estaba en su acuerdo. Así se quiere decir que Don Nicolas con el Sueño que tenia estaba fuera de si. El Testamento de Saxecio en el orden, y buen concierto de sus clausulas manifestaba que el Testador era *sana mentis*. Así tambien la prudente disposicion de Don Nicolas persuade su perfecto acuerdo, pues de otro modo no se huviera acordado de las obras pias que tenia ordenadas; del numero de Castellanos, de Oro, y Cabezas de Ganado sobre que se ofreció contestar; y lo que es mas no huviera traydo à la consideracion aquel papel Testamentario que havia guardado en su Gaveta. Nada se podia sospechar del Escribano que authorizó el Testamento de Saxecio, porque no tenia interès en él. Tampoco el Licenciado Don Pablo Correa que fuè el Interlocutor del nuncupativo era interesado en su contexto. A los Testigos instrumentales que deponian que Saxecio no estaba en su juicio no se les dió credito porque alegaban su propria torpeza. Del mismo modo debe desestimarse Gallo, y sus Confederados, porque impugnan su proprio hecho. A Saxecio se le acababa de Sacra-

O

men-

mentar en prueba de la sanidad de su Entendimiento. Tambien Don Nicolas fuè Sacramentado en la propia mañana que testò. En fin porque havia unos hijos interesados aun debiendose cumplir perfectamente el Legado, se les aconsejó à los Administradores del Hospital que se conviniesen siguiendo la otra transacion. No se dá en el presente caso interés de Hijos pero sobra la recomendacion de una Señora Viuda, y circunstanciada que ocupò la flor de su edad en servicio de un Marido Anciano, y por tanto mucho mas molesto de quien no puede recibir otro beneficio que la institucion que litiga. A el Oficial Real no se le puede decir que se convenga, conque es indispensable que dandose la resolucion *stricto Jure* se declare por subsistente la voluntad nuncupativa.

83 El grave argumento del Oficial Real de que contradiciendo las deposiciones instrumentales claudicára la voluntad nuncupativa por defecto de solemnidad; es el mismo de que se hizo cargo Julio Caponio (58) hablando de otro Testamento igualmente impugnado por algunos de los Testigos que lo subscribieron. Primeramente dice que los Testigos que subscribieron en el Testamento por el mismo hecho aprueban su thenor, y se entiende que con la subscripcion concluyeron su Oficio. Así no pueden deponer contra él porque no merecen feè, y son notados de torpes alegantes. Es necesario que prueben concluyentemente para ser admitidos, que solo por seduccion lo firmaron, y no siendo de esse modo legitimamente pueden reprobarse sus atestaciones.

84 Dos causas refiere el citado Author que pueden intervenir para reprobear la declaracion de los Testigos. La primera la llama antigua, esto es aquella que ocurriò al tiempo de la subscripcion.

La

(58)
Julius Caponius
Disc. forens. 370
num. 50. & 51.

La segunda la distingue con el titulo de nueva, y superveniente. Quando la Causa es antigua conviene en que por ella no pueden ser reprobados pero en la nueva y superveniente no tiene duda que es admisible la reprobacion. Explica asimismo qual sea causa nueva. Dice que es aquella (y se tiene por bastante) por la qual consta que los Testigos han sido hablados para la declaracion, y llegaron à ser Familiares de aquel en cuyo obsequio testifican. La propria contrariedad de sus dichos à lo autorizado del Instrumento, es otra nueva causa. *Et quamvis (ait) asserat testes instrumentarios vel à contrahentibus approbatos reprobare non posse, facillime respondetur nam quidquid sit de hac opinione quæ suos etiam habet contradictores, id tamen locum sibi vindicat quando Testes reprobarentur ex causa antiqua quæ aderat tempore instrumenti, secus si nova causa supervenisset, tunc enim eos reprobare nemo est qui dubitet, Et receptissimam esse omnium distinctionem, constat Et DD. qui tradunt sufficere si ante quam deponerent allocuti fuere exallocutione enim partis Et affectione ad eandem relevans resultat exceptio. Deinde: Item supervenit nova causa nempe quia Vassallij Et familiares Domini Hectoris in cuius obsequio pluribus annis exteterunt quæ tempore testamenti non aderat. Pro ut enim nova Causa est eorum contrarietas Et mendatium contradicentes publicis scripturis ac tacite eorum depositioni factæ pro Testamento ut supra ponderatum fuit quæ causa sola sufficeret ad eorum reprobationem.*

85 Ha parecido conveniente transcribir todo el Lugar de Julio Caponio para que el Oficial Real quede satisfecho con la respuesta à su Ob-

ccion. Los Testigos instrumentales que deponen contra el Testamento nuncupativo lo subscribieron de su libre, y espontanea voluntad. Nadie los precisò á la subscripcion, ni en los Autos se encuentra el menor rasgo en este asunto. La causa porque se reprueban es superveniente despues de haver subscripto el Testamento, y muerto el Testador. Esta es la alocucion de Don Juan de Ribera, y por la qual los declarantes antes, y despues de jurar entraban, y salian en su Casa como queda probado con cinco deposiciones contestes en el Numero 69. Tambien fuè nueva causa la de haverse hecho Familiares de Don Juan Sirvientes de las Haciendas que se litigan, sus Compadres, y menesterosos de su proteccion para assegurar mejor la subsistencia de aquel manejo. Fuè ultimamente nueva causa el mismo hecho de contrariarse à la tacita deposicion que induce el acto de subscribirlo. Todas estas que se denominan supervenientes facilitan la impugnacion de los Testigos paraque no se les dè credito en la parte que atribuyen falta de Juicio al Testador, y debiendose unicamente estar al nudo hecho de la subscripcion reconocida, se salva la solemnidad que requiere la Ley por forma del Testamento nuncupativo.

P U N T O. IV.

EN QUE SE DESCRIBE LA CALIDAD de los Sueños de Don Nicolas de Ribera, y se continua el asunto del antecedente.

86 **E**N los Numeros 33. y siguientes hasta el 47. inclusive se persuade que Don Nicolas

(57)

colas de Ribera padeciò un Sueño tan pesado al tiempo de disponerse el Testamento nuncupativo que le privò de su cabal Acuerdo. Al proposito se trae la Doctrina de Pablo Zachias (59) en sus quæstiones medico legales que refiere y explica tres especies de sueño. Letargo, Comas, y Caros. Y apellidandose preternatural, ò morbifico el del Testador, se le atribuye el primero ò el Comas somnolento. Por este sueño se dice con la opinion del mismo Author que Don Nicolas debe reputarse en aquel acto por infano, demente, ò fatuo, pues no estaba en el principio de su accidente como se calificò por la muerte que le subsigiò al dia inmediato, y declaracion del Licenciado Correa, que expresó su gravedad. Tambien se hace memoria del sueño de los buenos, y sanos, los quales no tienen voluntad bastante para contraher, y delinquir sino es *in causa* segun el Señor Covarrubias y Menochio. (60) y mucho menos los que son enfermos de sueño.

87 A continuacion de los Sueños corre desde el Numero 48. hasta el 63. inclusive refiriendo algunas declaraciones para fundar la repugnancia que tuvo el disponente al tiempo que se ordenò el ultimo Testamento. Se citan las deposiciones de Santiago Lopez de Vbillus à foxas 28. Quaderno 4. Blas Gallo à foxas 46. buelta Quaderno 3. Joseph Antonio Valderrama à foxas y Don Raphael Zifuentes á foxas dicho Quaderno. El primero dice haver reconvenido el Licenciado Correa al Testador paraque dispusiesse sus cosas, y respondido este que no estaba para ello bolviendole la espalda. El segundo, que à sus instancias lo reduxo, y despues de principiado respondiò que lo dexassen bolviendo la cara al otro lado. Aña-

P.

de

(59)

Pablo Zachias.
Quæst. Medic.
Leg. Lib. 2. tit.
1. quæst. 13.

(60)

Covarrubias cap
si furiosus de homicidio 3. part.
§. unico. Menochius de arbitrar
Lib. 2. cas. 327.
num. 5.

de que preguntandole el motivo de la resistencia le satisfizo con estas palabras. *Compadre como quiere Vm. que haga Testamento, quando sabe que tengo hechas todas mis disposiciones?* Que reducido Don Nicolas el Licenciado Correa dictaba las Clausulas teniendo por delante un Libro intitulado Villalobos, y haviendose negado à responder enteramente fue preciso que el Testigo llegasse à la Cama à hacerle otra nueva instancia y entonces se le oyeron estas expresiones. *Compadre Vm. tambien me quiere matar?* y al concluir las se bolvió al lado contrario dando la espalda al concurso. Despues el Licenciado Correa, y Quevedo bolvieron à instarle, y condescendiendo Don Nicolas era necesario para cada clausula no solo que se le hablase alto, sino que se le remeciese dos y tres veces el Cuerpo, y aun así costaba gran trabajo porque el accidente lo tenia sufocado tanto que de clausula à clausula se quedaba como un tronco en un profundo sueño. El Tercero contesta la repugnancia para la formacion del Testamento. La direccion del Licenciado Correa por el Libro que tenia en la mano, y los remecimientos de cuerpo. Y el quarto coadyuva à la misma repugnancia.

88 De esta se sacan por inconvenientes las Doctrinas que previenen la Libertad en el acto de Testar. Se traen varios Testos del derecho comun, algunos Capítulos Canonicos, y se cita à Menochio (61) para fundar que no se puede compeler ni importunar à los Testadores para que otorguen sus disposiciones, porque entonces el Heredero se priva de la Herencia, y cae en criminalidad, cuyo castigo se reserva al arbitrio de los Jueces deduciendose de todo que puesto que Don

Nico-

(61)

Leg. 1. Cod. de Sacros. Eccl. toto titulo ff. & Cod. si quis aliquem testari prohibuerit Leg. 1. Cod. eodem. Vlpianus Leg. 1. §. persuaderé ff. de servo corrupto. C. cum Inventute de purgat. cononic. extravagant. ex secrab. de prebend. Menochius de arbitrarijs lib. 2. casu 395.

Nicolas repugnó testar en el principio, en el medio, y al fin, y solo lo executó por verse libre de las importunidades del Licenciado Correa, y Gallo no debe subsistir este Testamento.

RESPUESTA.

89 En este Punto se han recopilado dos medios opuestos de que se vale el Oficial Real para destruir la voluntad nuncupativa. El primero supone que el Testador se hallaba insano fuera de su juicio por el Letargo, ò Comas sonnolento que padecía. Y el segundo alude à que repugnó testar, y solo se reduxo à fuerza de las persuasiones con que le molestaban. Contra el Letargo está el Numero 3. de los apuntes del Oficial Real en que conviene que Don Nicolas respondia à las preguntas que le hacia el Licenciado Correa despues de despierto con la diligencia de remecerle. Si D. Nicolas dormia en un sueño inexpugnable como respondia despues de despierto? Y si contestaba ya despierto como dormia en esse sueño? Dase tal atributo al sueño, que por el Don Nicolas vino en demencia, y falta de entendimiento; pero al mismo tiempo se le aplica una voluntad, y resistencia bien declarada con repetidos actos y diversas expresiones. Si Don Nicolas con su Letargo, ò Comas sonnolento salió de su razon, y acuerdo como repugna testar y funda tan acordadamente su repugnancia diciendole á Gallo *Compadre Vm. tambien me quiere matar, no sabe que tengo ya hechas mis disposiciones?* Y si tuvo libre voluntad para contradecir con tanto acuerdo las repetidas instancias del Licenciado Correa para que testasse como se le trata de demente insano, lerar-

letargico, y comatico? Esta contrariedad tan visible convence el dilemma siguiente. O los sueños son falsos, ò no es cierta la repugnancia de Don Nicolas porque uno y otro es incompatible como que no importa menos concepto que decir de Don Nicolas que estuvo, y no en su acuerdo. 90 Pero la verdad es que ni los sueños (que se suponen) prueban defecto en la potencia intelectual de Don Nicolas, ni la repugnancia tal voluntad que induzga nulidad en la disposicion.

91 Los signos de la enfermedad de animo son tan varios que no es facil dar un numero fixo. Por esso les parece bien à los Theoricos antiguos establecer por regla general que su conocimiento pende *ex factis & verbis*. (62) Los

hechos son unos Corporeos, y otros civiles. Cerca de los primeros un mal andar, un desviarse del camino torciendo los pies alterando los ojos y miembros, llebando el cuerpo mal; haciendo visajes, y otros movimientos descompassados son indicios de Demencia. En orden à los segundos el saludar; y dar honores à quien no se debe menospreciando à el que es acrehedor de ellos. Donar sus bienes à quien no los merece tambien hace presumir de fatuidad. Y en esta consideracion fuè notado de estulto, y incipiente el Emperador Claudio por haver adoptado à Domicio Neron, pudiendo executarlo con Britanico su hijo legitimo. Y de muy discreto Achilles quando le expuso à Eneas que no esperase reportar los honores del Reyno de Priamo aunque le mataste. *At si me interfeceris non tibi propterea Priamus honorem in manibus ponet, sunt enim ei filij, ipse autem sana mente & non stultus*. (63) Por el orden de palabras tambien se percibe el desbarato de la

razon

(62)

Castrensis in Leg. Idem Julian. §. constat. ff. de legat. & ibi quoque Jason Castrensis in Leg. quid in testam. ff. de condit. instit. n. 5. & seq. Lan franc. de deposit. test. num. 148. Aretin. in §. furiosus instit. de curatorib. n. 4.

(63)

Apud Homerum Iliad. Lib. 20.

razon, aunque de esta regla se exceptuan los En-fermos, que muchas veces por la vehemencia de la Fiebre, ò por algunos calores que les suben à la Cabeza profieren algunas expresiones incondu-centes, y con todo no son freneticos ni amentes. En conclusion para juzgarfe la demencia es nece-sario considerar los dichos y hechos de aquel de quien se trata; sus pasiones de animo: las señales que exponen los Medicos y otras causas, que se di-cen procarticas extrínsecas, y antecedentes. Pablo Zachias dá todas estas reglas. (64) *Ian vero ex his colligant Jurisperiti quam consideranda sint ubi de aliquo Juditium ferendum an insaniat nec nò, & quid oporteat testes depone-re per quos dementia sit probanda. Primo enim facta, ac verba ut illis placet inspicienda. Se-cundo animi passiones. Tertio signa à Medicis tradita. Quarto causæ pregressæ quas evidentes procatarticas extrínsecas & antecedentes nomi-namus. Hæc omnia enim signorum vicem gerunt in adminiculanda dementia.*

92 Nada de lo dicho se adapta à Don Ni-colas. En su vida jamás se le notaron algunos accidentes corporcos ò civiles que lo declarassen fatuo, ò amente. Siempre fuè cuerdo en sus he-chos, y palabras. Medicos no lo asistieron en su enfermedad que pudieran declarar signos de amen-cia. Los Testigos no enuncian hechos que la den á conocer, pues no basta decir que estaba fuera de su juicio al parecer y que no estaba en su acuerdo. Antes todo lo contrario consta por-que respondia concertadamente à lo que se le pre-guntaba. No concurren otras causas procarticas ex-trínsecas; luego forzosamente se hade confessar que no huvo tal amencia.

Q

Los

Paulus Zachias.
Lib. 2. Quest. 3.
num. 2. 3. 6. 9.
13. 17. & 35.
in fine Escáño de
testam. Cap. 21
num. 74. usque
ad 100. Dom.
Castillo Lib. 4.
controvers. Cap.
28. plenissime.

93 Los Sueños ponderados han sido idea de los Testigos en obsequio del Oficial Real. El morbofo que tambien se llama no natural en quanto induce demencia es de discernimiento privativo de los Medicos à cuyo cargo corre la asistencia y curacion del Enfermo. A estos mismos toca deponer su sanidad, ò amencia; y en caso de duda à ellos solo se les dá credito. El mencionado Zachias con quien se apoya todo el sistema contrario es el Author de estos principios fundandose en varias decisiones de la Sagrada Rota, y un texto del derecho comun que siguen Farinacio Alexandro, y Mascardo. (65) *Quam multi sint (inquit) quæ circa hanc materiam de dementia à Medicis requirere Jurisconsulti consuecant, notius ipsis est, quam ut à me longioribus demonstrari possit. Cum enim has passiones soli Medici cognoscant ut nobis notum est, & ipsi quoque fatentur, non aliam ob rem Medicos in similibus casibus adjudicandum adhibent nec præter rem sancitum est morbum per Medicos curæ inservientes unde ipsis solis creditur cum dubitatur an Testator furiosus vel demens fuerit nec né.* Notense las palabras *Cum enim has passiones soli Medici cognoscant*, y las que subsiguen. *Vnde ipsis solum creditur cum dubitatur an Testator furiosus vel demens fuerit nec né.* que para el intento que se va probando son importantísimas, pues no hubo Medico que asistiese à Don Nicolas, en su ultimo accidente (como se ha reflexionado) y por tanto no hay quien creer en razon de la amencia, como que los Testigos que la deponen no merecen feè, por ser assumpto que no les es facultativo juzgar estando fuera de la esfera de su conocimiento.

(65)

Idem Zachias L.
 2. tit. 1. quest. 1
 num. 1. 2. 3. Sac.
 Rot. in novissim.
 decis. 107. part.
 2. & decis. 620
 num. 3. part. 1.
 Leg. semcl. Cod.
 de remilitari Fa-
 rinacius Prax.
 crim. part. 2. L.
 3. tom. 1. quest.
 94. num. 42.
 Alexander conc.
 86. num. 5. in
 fine Lib. 2. Mas-
 cardus de proba-
 tionibus Conclus.
 1034. num. 10
 Volumen. 2.

94 La question de si los dormientes, ò noctambulos puedan contraher, ò delinquir no es del caso (66) porque Don Nicolas de Ribera no soñò el Testamento nuncupativo, quando dictò sus clausulas, y respondiò à las preguntas del Licenciado Correa. Lo que se le atribuye es que padeciò un letargo, ò Comas sonnolento, que le sacò de su acuerdo privandole la razon.

95 No es posible apartarse del Medico legal porque conviene con sus mismas Doctrinas vindicar el juicio de Don Nicolas. (67) Tres especies de sueños propone, y define. Letargo, Comas, y Caros. Todos los actos que exercen cualesquiera de estos sonolientos (dice) que se presumen irritos, y nulos; deponiendo los Medicos que adolecia y muriò el Testador de esse genero de mal. *Vnde quotiescumque Medici qui de specie infirmitatis deponere debent, ex qua quis laboraverit, vel ex qua tandem obierit, asferment eam fuisse ex harum genere quos commemorabimus, letargum scilicet, vel Carum vel Coma, actus omnes qui in tali agitudine gesti presumuntur, irriti ac nulli absque dubio judicandi.* El Oficial Real solicita las palabras *actus omnes* pero omite las que le preceden *Vnde quotiescumque Medici deponere debent* que son la taxativa que nos aprovecha. Los que declaren que el accidente del Testador es Letargo, Comas, ò Caros hande ser precisamente Medicos por corresponder à su facultad el conocimiento de estos Sueños, y aunque se proponen reglas para distinguir unos de otros, estas sirven para las deposiciones que por su inteligencia hacen los mismos Peritos, sin las quales es muy facil errar el concepto de la Enfermedad. *Vt autem uberius Jurisconsultis satisfiat utque Medicorum depositiones si*

(66)
Videndus Zachias lib. 2. tit. 1. quest. 12. cum Covarrubias, & Menochio quos citat & sequitur.

(67)
Zachias proximè laudatus quest. 13. num. 5. 10. 11. & 12.

quando cassus contingat facilius assequi possint quid quisque ex hijs morbis sit quos commemorabimus breviter exponamus.

96 Quando se permita la Hipothesi que D. Nicolas adoleciesse de algun sueño. Este no seria Letargo, Caros, ò Comas sonnolento, porque ni tenia inexpugnable necesidad de dormir con Fiebre continua, ni yacia como muerto teniendo solo salva la respiracion: Si solo el comas Vigil que es cierta propension al sueño con la qual los que lo padecen facilmente se trasponen, y con la misma facilidad despiertan manteniendose un tanto en Vigilia. Los Testigos que recomienda el Oficial Real assi lo dan á entender, pues todos convienen en que remeciendole recordaba, y yá despierto respondia á las preguntas que le hacian: y esto concuerda con lo que dixo al Numero 3. de su Manuscrito. La naturaleza de este sueño Comas Vigil es tal que no irrita los actos que en él se celebran, por quedar libre la razon, y considerarse que el accidente depende de algunos vapores que vence la misma naturaleza dexando cabal lamente *In his vero procul omni dubio ratio minus lessa apparet* (dice Zachias hablando de este sueño) *tamen quando in eo symptomate persistunt non minus ac dormientes judicandi, sed in his illud locum habere potest, quod si quem actum gererent, quem quilibet sana mentis faceret irritus esse non deberet. Et ratio est quia interdum natura valida vi ac impetu quodam excitato turpidis vaporibus á rationis sede turbatis sanitati mentem restituit vel saltem intervalla dilucida concedit.* Aun de los Letargicos, y Comatosos si exercen algunos actos propios de Hombres que estan en su sano juicio se pre-
su-

lumen validos. *Quod si id constet nempe infirmum lethargicum aut comatosum ante mortem prudentes quosdam actus fecisse, quales sani homines faciunt locum quidem haberet, hic conjectura provaliditate eorum actuum.* Que acto mas juicioso, y de hombre mas sano de razon puede ser que ordenar su ultima disposicion en el modo y forma que denota el Testamento nuncupativo? Luego no se le puede aplicar el titulo de amente a Don Nicolas para destruirlo por esse Capitulo.

97. Entre los Puntos mas oscuros que reconocen los AA. tiene lugar el de la invalidacion de los Testamentos por amencia del Testador. La elevada Purpura (harto repetida en esta defenza) dice (68) que es question involuta, no porque ofrezca alguna antinomia de Leyes que haga dudosa su inteligencia sino por la variedad de los que la tratan. Asi mas le parece que consiste *in facto que in jure*, pendiendo todo de la diversidad de casos, y su aplicacion.

98. El primero que refiere es quando la amencia no es firme y declarada; y se pretende deducir por palabras, hechos, ò señales que no convienen al hombre sano. En este caso la regla es que el acto se tiene por valido, y el que alega defecto en la mente, como que tiene contra si la presumpcion de derecho debe probarlo peremptoriamente por unos hechos univocos que concluyan, y no bastan los leves, y equivocos, pues para disponer extrajudicialmente de sus cosas no se requiere perfecta prudencia, sino que es suficiente que no intervenga positiva demencia; mucho mas quando á la presumpcion de derecho le acompaña la assercion del Escribano y lo bien or-

R

de-

Card. Luca loco
supra citato de
testam. Discurs.
38. num. 2.

(69)

Carena resolut.

171. num. 2. &

seq. & per Rot.

decis 566. part.

1. divers. decis.

233. ex num. 18

part. 7. Resenco

ram Burato de-

cis. 356. Duran

do decis 178. de

cis. 265. part. 9

apud Celsum.

Decis 166.

denado de la disposicion (69) *Primus igitur casus est ubi amentia status non est adhuc firmatus, illa vero ex verbis & factis vel signis Viro sano non convenientibus deduci pretenditur. & tunc regula est pro validitate actus ideoque alleganti mentis infirmitatem; tanquam habenti contra se presumptionem juris incumbit onus probandi id concludenter per actus univocos qui amentiam, concludant ideoque non sufficiunt leves ac equivoci, quoniam ad extrajudicialem rei sue dispositionem non requiritur perfecta prudentia; sed sufficit ut non adsit positiva dementia; quamvis aliàs Ingenij hebetudo vel crassities adesset. Fortius vero ubi cum dicta Iuris presumptione concurrerent assertio notarij, beneque ordinata series disponentis.* Del mismo sentir son Carena, Burato, y Durando, aun quando del disponénte se diga que huviesse sido en otro tiempo amente, si al menos se le interrumpia, y tenia lucidos intervalos los actos hechos en aquél estado se juzgan validos, y en siendo prudentes, y bien ordenados se presumen siempre como producciones del bueno, y sano. *Si enim ea est prudens ac bene ordinata, tum presumptio est ut facta sit tempore salutis.*

99 La Amencia de Don Nicolas no se hà probado en modo correspondiente. Faltan los actos univocos que concluyan el intento, pues no se le oyeron algunas expresiones menos arregladas que iniciafen desconcierto en su razon, ni los Testigos la dàn en esta parte, porque aunque alguno de ellos lo infiere por haver declarado el Testador que no debia cosa alguna siendo deudor à sus Operarios y Sirvientes; esto viene de no haver considerado la clausula del mismo Testamento

en que expreſſa que ſe ajuſte la quenta con ſus Mayordomos; y ſe les pague lo que ſe les debiere. De Jacobo Saxeſio ſe ha dicho que eſtando para morir tenia ſiempre al Diablo en ſus labios todo era entrar en converſaciones indecentes, y hacia otros actos no propios de quien parece eſtá en ſu juicio, pero como la amencia corre por otros principios, nunca ſe le conſiderò tal para invalidar ſu ultima voluntad. Veáſe pues como à Don Nicolas ſe le quiere honrar á fuerza con demencia, no haviendo dado el mas leve merito para ello. Quanto ſe diga contra el Teſtador apenas podrá importar por unos indicios leves y equívocos los que no deſtruyen extrajudiciales diſpoſiciones. Don Nicolas tiene à ſu favor la preſumpcion de derecho de haver eſtado en ſu acuerdo. Con eſta conviene lo que declara el Licenciado Correa. Verifiçaſe de la diſpoſicion el *bene ordinata ſeries*. Los Sueños antes ſe há fundado que en nada ofenden ſu tenor; aſſi legitimamente ſe convence el valor del ſegundo Teſtamento para que quede firme la regla del Eminentíſſimo Luca.

100 El otro extremo de la reſiſtencia de D. Nicolas conque ſe malquiſta ſu deliberado animo cerca del Teſtamento nuncupativo aun es mas deſpreciable, que el de la figuracion de los Sueños. Los Teſtigos que deponen eſta reſiſtencia diciendò que el Teſtador aveces expreſſaba que ya tenia hecha ſu diſpoſicion, que ſi lo querian matar. Que por varias ocaſiones repugnò teſtar bolviendo la eſpalda al concurſo, y ultimamente que lo executò por importunarlo ſu Compadre Blas Gallo, y haverſe empeñado el Licenciado Correa; ſon aquellos Individuos de quienes en diverſas partes de eſta defenza ſe hà hablado con el deſprecio que

merecen, así por perjurarse en sus dichos (los que los hace indignos de toda feè) como por haver declarado ante el Escribano Valdivieso que se interesaba en la subsistencia del primer Testamento é invalidacion del segundo. Y ser gente de baja extraccion Compadres Familiares, y Dependientes del Heredero Don Juan de Ribera, que no pensaban mas que en darle gusto, por cuyo motivo antes, y despues de jurar entraban en su Casa al principio para instruirse en el modo con que lo debian hacer, y al fin para participarle sus declaraciones.

101 Ahora conviene no silenciar una reflexion de la mayor congruencia para este intento. Todos estos Testigos que declaran contra el segundo Testamento por sus mismos dichos manifiestan una inverisimilitud que les defautoriza mas su credito. Ninguno se hà atrevido á decir que se le estimuló ni persuadió importunamente para que asistiese á autorizarlo con su firma, sino que voluntariamente todos concurrieron. Si así fué como subscriben un Testamento que conocen por una parte que el Testador no está en su acuerdo; y por otra que aquella voluntad no es disposicion de su mente, sino arbitrio de la sugestion? Es pues desde luego inverisimil que sin apremios, ni otros motivos impelentes concurriesen á solemnizar un Testamento que no fuese perfecto en razon de voluntad; por lo que toda la repugnancia que han propuesto debe entenderse diligencia de su Patrono, y Confederados á que fueron inducidos cargando sobre si el reato de su error.

102 Quando no huviesse á favor de la ultima voluntad otra prueba que la atestacion del Licenciado D. Pablo Correa, seria bastante para contrarrestar

restar todo el golpe de su contradiccion. El Licenciado Correa es un Ecclesiastico tan recomendado por su carácter, como por sus procedimientos. Christiandad, y arreglo de conducta. Fuè el Ministro que confesò y sacramentò al Testador la mañana que dispuso su Testamento. Declara este Testigo á foxas 71 Quaderno 3. que saliendo de la vivienda del Enfermo le dixo *que para donde iba si en su presencia se havia de hacer el Testamento.* El Cardenal de Luca pondera la presumpcion que asiste à los Sacerdotes singularmente à los Confesores de notoria probidad pues no hay personas mas a proposito para explicar la voluntad de los Testadores (70) principalmente quando no solicitan derechos algunos en Herencia, y quando està dubia, y obscura: ningunos mas idoneos para declararla, y interpretarla que el Consultor del Testamento, ò el Confessor aunque sean singulares como lo assientan los AA. con Mantica, y Rovito. *Fundamentum AA. cuidicta resolutio innixa est in eo quod Testator communicata ejus intentione per organum cujusdam religiosi Sacerdotis & confessori dictæ Ducisæ sorori :::: Deferendo in hoc atestationibus Notarij & Sacerdotis prædicti ut in specie de fide præstanda Sacerdoti cui Testator communicaverat suam voluntatem cujus Ita ut Fiduciarius sit nudus minister per cuius organum Testatoris voluntas explicetur, nullum jus in eadem hereditate habens :::: Sed quia in aliqua parte dubia vel obscura sit, concedatur pro inde alicui licet singulari tanquam voluntatis disponentis verisimiliter informato facultas declarandi :: Idque ubi etiam per Testatorem non concedatur ex sola juris dispositione quando hoc conceditur*

S

ut

Card. Luca Discurs. 46. de test. num. 4. & 8. verbo Secundo. Idem discurs. 47. num. seqq. Mantica de Conjectur. Lib. 3 tit. 1. n. 33. Rovit. super Pragmat. 2. de Notarijs n. 20. Anneus Robertus Lib 1. rerum judicat cap. 30. verbo pro Mevio Sacerdote

ut receptum habemus in Notario vel Escriptore vel Consultore Testamenti aut in confessorio & similibus.

103 Si se intentara revocar por el dicho solo del Licenciado Correa el primer Testamento, ò hacer validos los hechos que requieren prueba de Notario y Testigos, no bastaria aunque fuese mas calificado, y de la mas resplandeciente Dignidad. (71) pero tratandose de un Testamento nuncupativo, que por si tiene la presumpcion, y asistencia del derecho; el mejor y mayor realce de prueba de la libre voluntad es la declaracion de un Confessor integro, y desinteresado en el mismo Testamento; mayormente quando su feè y legalidad se acompaña de otros graves adminiculos y de la verisimilitud que hace plena probanza, segun lo hà determinado la Sagrada Rota como testifica Julio Caponio en sus controversias (72)

Quando autem fuisset fides Magnatis, vel Superioris Religionis probaret sanè ut in decissionibus coram Pancirolo dixit Rota ::::: & licet unico testi atenta persona, qualitate & informatione negotij, ac defacto proprio deponenti fidem esse adhibendam censuerit Rota, pluries tamen intelligitur quando fides est suffulta adminiculis, & juncta verisimilitudine quia tunc probationem faceret.

104 Quien estaria mejor informado de la voluntad deliberada de Don Nicolas que su mismo Confessor, y que mayor verisimilitud, ni mejores adminiculos que los que favorecen la feè de su Testificacion? Que Don Nicolas instituyesse à su muger pospuesto su hermano, es verisimil, y todos los dias se vè en Maridos menos obligados, respecto de Hermanos mas acrehedores. Mucho

mas

(71)

SS. P. Benedict.
XIV. de Servor.
Dei beatificatione & Beatorum
Canonisatione L.
3. cap. 5. n. 1.
& 2.

(72)

Julius Caponius
Controv. forens.
13. n. 14. Merlinus. Decis. 714
n. 17. Rota decis.
n. 7. part. 1. recent. & decis.
323. part. 5. Divers.
Vide Venedelium verbo Testis §. 2. n. 3. & 14.

(71)

mas que quisiessé quitar de en medio un hecho tan difamatorio como el Testamento *in scriptis* que le havian sugerido. Sinó huviesse sido así su voluntad, à quien mejor que al Licenciado Correa su Primo (pues este tratamiento le daba por escrito, y de palabra) huviera relevado que concurría violento à aquella disposicion para que no le vexassen en esta hora?

105 Ni se puede créer que un Varon prudente, y de conocida virtud que no solicitaba utilidad alguna de Herencia, de Legado, ò Albaceazgo permitiesse executar à Don Nicolas un Testamento que no era de su agrado, y que despues declarasse que le contaba la deliberada voluntad quando en caso de inclinarse precisamente havia de ser à su propria sangre que es lo que el Derecho presume, circunstancia que hace tambien presumpcion legal de ser voluntario el acto pues tal se supone por haverse executado presentes los Consanguineos lo que excluye toda congetura de fraude, ò miedo. (73) *Adtolendam presumptionem quod non intercesserit metus curet quis quod Testamentum fiat intervenientibus consanguineis, quia cum ad eos spes successuris pertineat est verisimile quod diligentius hoc videbunt.* Por tanto transciende los terminos de la mayor temeridad el poco honor que hace el Oficial Real en su manuscrito al Licenciado Correa, queriendo que toda su virtud, todo su desinterès, y arreglo lo convirtiesse en su propria condenacion dedicandose en obsequio de una persona extraña, à quien no estaba obligado à complacer por el menor motivo ni respeto.

106 Gran cosa es que los Jueces conoscan las Personas, y que mediante este conocimiento

(73)

Bartholus in Leg. 3. ff. si quis aliquem testari prohibuerit. Et in Leg. transactione 35. cod. de transac. Idem Bartholus in Leg. si quis in principio. 22. ff. de leg. at. 3. n. 11. Lit. Q.

(72)

pesen las calidades de los hechos, y sus circunstancias que es lo que da la Ley en esta materia como en diversos lugares repite el citado Señor Luca (74) *Quod in his materijs saepe à magnis praesertim Tribunalibus prodeunt resolutiones ex motivis quae ipsismet partibus victricibus earum quae advocatis ignota sunt; quia huiusmodi quaestiones sunt potius facti quam juris, ex facti qualitate ac circumstantijs prudenti arbitrio decidenda.* Siendo publicamente conocido el Licenciado Correa por su proceder, ninguno habrá en todos los Valles que no afianze su feè, y legalidad. Y quien nada diligenció en el Testamento para si, pues siempre ha vivido abstraído buscando à los Hombrés no à sus bienes, conforme al consejo del Apostol (75) *nam quero quae vestra sunt sed vos;* Como habría de manchar su conciencia por enriquecer à la viuda de Don Nicolas. Luego añadida à la presumpcion que tiene el ultimo Testamento (76) la solida deposicion de un Testigo tan qualificado como el Licenciado Correa, no debe ni puede dudarse de que la deliberada voluntad fué el nuncupativo.

107 De otro modo se convence el propio supuesto. Los efectos han sido siempre indices de sus causas. Así es preciso conocer la voluntad, ó deliberacion de Don Nicolas por el mismo hecho de la ordenacion del Testamento nuncupativo. Quando el Testador no huviesse querido disponer contra el primer Testamento quien en el conflicto de su enfermedad le impelió à que lo executasse? del Licenciado Correa lo que se dice es que instó sobre que hiciesse sus disposiciones, pero no que derogase las que anteriormente huviesse hecho. Si solo por evitar el estrecho el Testador huviesse dif-

(74)

Dom. de Luca de
Testam. disc. 5.
num. 1. & 6. &
dis. 6. n. 10.

(75)

2. ad Corint. 12.
v. 14.

(76)

Leg. ante Tabulas
5. ff. de jure Co
dic. Leg. Divus
§. 2. eodem Leg.
simili §. in legat.
ff. de legat. 1. Or
tega ad Covarru
bias 2. part. ru
brica de testam.
n. 123. Castillo
Lib. 4. Controv.
cap. 22. n. 68.
& 69.

dispuesto bien podia haver respondido cathegòricamente como hemos dicho remitiendose à su primer Testamento de quien nadie sabia, y por tanto à ninguno perjudicaba en su concepto. A proceder contra su voluntad era verisimil que concluyesse toda la obra en un contexto muy reducido de palabras sin extenderse en otros diversos asuntos. Era mas proprio que silenciase el papel Testamentario que no se podia adivinar. Era finalmente consiguiente, que no lo firmasse rogando à otro lo hiciesse en su nombre con el pretexto de su enfermedad.

108 El Testamento està firmado de Don Nicolas como lo declaran todos los Testigos instrumentales. Las clausulas fueron produccion fuya à que concurriò el Licenciado Correa en la parte de su ordenacion en cumplimiento de su cargo, por no haverse encontrado sujeto mas apropiado en aquel lance, y porque el Escribano Valdivieso se escusò à la asistencia por no anular el primer Testamento en que era interesado. En el acto de ordenarse el nuncupativo se contestaron varias dependencias como las del Ganado, y Castellanos de Oro. Traxo à consideracion la Fundacion del Colegio de la Compañia prorrogandola mas tiempo. Recomendò su papel Testamentario Acordòse de sus Parientes instituyendolos Herederos en aquella parte que su muger quisièssè asignarles. Y todos estos hechos podran construirse por prueba de noluntad en ocasion tan estrecha en que nada menos se piensa que en contemplaciones?

109 De donde solo debe con prudencia inferirse que los remecimientos de Cuerpo, las bueltas de rostro y el enfado que manifestaba el Testador, no fue otra cosa que efectos del accidente

à que regularmente concurre la memoria de la muerte y en los hombres adustos como lo era Don Nicolas retrahè de la disposicion final aunque despues se execute por oficios de Christiandad sin que jamàs se hayan comentado semejantes desabrimientos por calificacion de resistencia é indeliberacion ni quebrantadose las voluntades por esta rason, como lo enseña Ciriaco en sus Controversias (77) *Et adeo verum est ratam habere ultimam voluntatem testatoris ut etiam si iratus aliquid disposuisset, id tamen infringi nequeat.* El Licenciado Correa en todas sus diligencias nada mas hizo que lo que todo Parrocho practica en iguales oportunidades en fuerza de su ministerio; lo que si se huviesse de reparar seria ocasion á muchos intestados. Siguen se pues que el Testamento nuncupativo fuè deliberado, y por tanto carecen de aplicacion los Tèxtos civiles Canonicos, y Dectrina de Menochio que sobre el su puesto de la resistencia fundaron la nulidad.

P U N T O . V.

EN QUE SE PRUEBA LA LEGITIMIDAD del ultimo Testamento aunque se considere *ad interrogationem* y se expone la importancia del papel Testamentario .

110 **S**IGUE el Manuscrito desde el Numero 64. hasta el 80. exclusive exponiendo la question de si el Testamento *ad interrogationem* sea valido. Y despues de referir varias sentencias conviene en la comun opinion afirmativa.

(75)

tiva, à ora las preguntas se hagan por el Notario, ò por otra persona, à ora profiriese el nombre del Heredero; à ora respondiese que sí á las preguntas que en esta razon se le hiciesse, para lo que cita al Señor Castillo (78) pero le añade la limitacion si el Testador no era *sana mentis*, ò hubo sospecha de dolo fraude, ò sugestion segun lo enseña el Señor Covarrubias (79) recomendando à Antonio Thesauro Flores de Mena, Fachineo, y al Señor Castillo ya citado (80)

111 Con el dictamen de estos AA. y otros que siguen la misma sentencia infiere el Oficial Real que Don Nicolas de Ribera no pudo hacer Testamento por que no quiso, y porque no estaba en su acuerdo, lo que colige de la declaracion de Blas Gallo, persuadiendo que lo que unicamente queria el Testador era declarar la dependencia del Ganado Cabrio, à cuyo fin mandò llamar al Licenciado Correa. Dice tambien que la sospecha de fraude, y sugestion es manifesta: A este proposito trae la Doctrina de Escano y Ortega (81) que proponen 19 Conjeturas para conocer quando intervienen sugestiones en el Testamento *ad interrogationem* de las quales adapta algunas:

112 La primera; porque Don Nicolas si mandò llamar al Licenciado Correa, no fuè para hacer Testamento sino para un mero Cobdiculo declaratorio de los dos asumptos que le acordó Gallo, y quando dicho Licenciado le propusò que avisaria à su Esposa, y hermano no le respondió cosa alguna. La tercera (omitiendo la segunda por que no la expone el manuscrito) porque quien preguntaba al Enfermo era el Licenciado Correa, persona sospechosa por cuya causa no queria responder, y fuè preciso que Gallo tomasse la voz.

9

La

(78)

Dom. Castillo L.
4. Controv. cap.
27. ex n. 54. &
Lib. 5. cap. 13.

(79)

Dom. Covarrubias
as cap. cum tibi
de Haredib. inst.

(80)

Antonius Thesau-
ro Lib. 2. fo-
rens. quæst. 99.
per totam Florez
Diaz de Mena
lib. 1. cap. 1. ex n.
44. Fachineus lib
5. contro. cap.
69. & Lib. 10.
cap. 17. Dom.
Castillo ubi su-
pra.

(81)

Escano de testam
cap. 21. ex num
14. Ortega adi-
cion ad Covarru-
bias loco proxime
laudato.

La quarta porque Doña Juana Ygnacia Erquicia, no ha calificado que su Marido quisiessse testar, antes lo contrario pues para la formacion de la ultima voluntad se viò su repugnancia La quinta porque en el Testamento abierto no son Herederos los que por derecho de sangre vienen á la Herencia, lo que se verifica en el cerrado enque son llamados todos los Sobrinos: Y sobre todo concluye que este asunto de Conjeturas queda reservado al arbitrio del Juez quien hará el juicio que corresponda en la materia lamentandose de no haver podido encontrar entre los AA. el punto de si el Testamento *ad interrogationem* pueda revocar otro anterior que contenga clausula derogatoria.

RESPUESTA

113 Bien pudiera no contestarse la disputa excitada entre los AA. en razon del Testamento *ad interrogationem* porque Don Nicolas de Ribera, no solo respondia *Si* á lo que se le preguntaba, y otras veces referia que estaba bueno lo dispuesto fino que dictaba muchas clausulas, contestaba dependencias, y trahía à consideracion sus obras pias sin perder de la memoria el papel Testamentario. La question se propone cerca de aquellos Testadores que solo responden con el verbo *Sic* por no permitirles otra cosa el accidente que padecen; pero quando preguntados nombran *ore proprio* al Heredero, diciendo que quieren sea Pedro ò Pablo (82.) entonces nadie duda que la institucion es firme, y la disposicion valida.

114 Aun quando el Testamento nuncupativo huviessse sido *ad interrogationem* con la confession del Oficial Real parece importuno referir las

(82)

Antonius Gabri-
el Lib. 4. recept.
Sent. tit. de tes-
tam. conclus. 2. n
6. Menochius de
presumpt. Lib. 4
presumpt. 8. num
37. Gaspar Ant
Thesaur. Lib. 2.
quest. forens. qua
st. 99. n. 11. Po-
lidorus Ripa de
actis in art. mort.
cap. 61. n. 22.

las autoridades intrínsecas, y extrínsecas que protegen su valor; bastando decir que raro es el Autor de Consejos, Decisiones, y Tratados que no se haga cargo de la question. Escañó cita (83) sesenta y seis de muy distinguida nota, funda solidamente la opinion con textos expessos y satisface los argumentos de los contrarios, pues lo mismo es que el Testador responda *Si* quando le preguntan, que si nombrase al Heredero por su propio nombre. A exemplo de las Estipulaciones en las que solo con decir *Spondeo* se entiende congruente la respuesta, y el contrato perfecto (84) *Nam si hoc solum respondeas promito, breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse ::::: Siquidem promissor simpliciter respondeat dare spondeo propter omnes tenetur.*

115 El Eminentísimo Cardenal de Luca con aquel peso, y solidéz que trata sus materias (85) pone una distincion con la qual se concilian todas las opiniones. O se le pregunta al Testador por un Notario, ó otra Persona con palabras sugestivas ex *abrupto*, y sin preceder alguna preparacion, y comunicacion de su voluntad; ó despues de comunicada esta, y cerciorados de la inclinacion se estiene el Testamento conforme à su animo se le reconviene sobre su contexto; y entonces del modo posible explica su anuencia. En el primer caso el Testamento es nulo, porque se presume que la gravedad del accidente, y el fastidio que ocasionan las preguntas, pueden incitar à responder sin penetrar lo que se profiere. En el segundo es valido y por su thenor se revoca qualquiera otro antecedente y solemne. La ultima voluntad de Don Nicolas de Ribera no fué disposicion ex *abrupto* que se logró con palabras su-

(83)
Escanó de Test.
cap. 20. ex n. 12.

(84)
Leg. si defensor.
10. §. qui interrogatus ff. de interrogat. actionib. §. præterea Instituta de inutilibus stipulationibus.

(85)
Card. de Luca
discurs. 39. de testam. supra relat. n. 16.

gestivas que le obligassen á responder sin penetrar lo que decia, sino muy tratada con su Confessor y bien entendida y aprobada con las respuestas acordes al tiempo de su formacion: con su ratificacion quando se le leyò concluida; y con su firma que fuè el ultimo complemento conque aun permitido, y no concedido *ad interrogationem* necesariamente se le háde confessar su subsistencia.

116 La limitacion que se propone en el manuscrito, y se authoriza con la doctrina del Señor Covarrubias, Thesauro, y los demás que se recogen en las citas 78. 79. 80. y 81. de los Numeros 110. 111. y 112. de antemano queda satisfecha en los Puntos antecedentes donde se convenció peremptoriamente que el Testador estaba en su acuerdo; tuvo deseo de ordenar su ultima voluntad, que lo manifestó por los efectos configuientes, y que asimismo no padeció sugestiones algunas en aquel acto. Por esso se omite la respuesta en este Lugar desseando evitar la nota de molestia.

117 En razon de las Conjeturas de fraude, y sugestion que mencionan Escaño, y Ortega se repara un error en el Numero, y alguna estraneza en su aplicacion. No son 19. las que numera Escaño sino veinte, que concluyen en el numero 48. del Capitulo citado. La primera supone que Don Nicolas solo mandò llamar al Licenciado Correa, para un mero Cobdicilo declaratorio de los dos asumptos que le acordò Gallo. Ya se hà referido la declaracion de este Presbitero, y por ella consta todo lo contrario pues expresa que saliendo de la pieza del Enfermo, lo llamó diciendole que no se fuesse porque queria ordenar su Testamento en su presencia. Tambien se hà fundado que esta deposicion por lo recomendado-

mendable del testigo merece todo aprecio, y por el contrario las de Gallo, y sus Compañeros que son indignas de credito por perjuros, torpes, y dependientes del Heredero instituido en el primer Testamento. Yá este asumpto vienen todas aquellas reflexiones que se han hecho sobre las declaraciones del Testador, lo extenso de su disposicion, y la revelacion de asumptos ocultos que nadie podia penetrar, pues todo concurre à persuadir que no era Cobdicio el que intentaba disponer Don Nicolas sinò Testamento enforma como el que otorgò, y así queda fuera del caso esta conjetura.

118 La que se numera tercera en el manuscrito persuade que el Licenciado Correa, era persona sospechosa para el Enfermo por cuya causa no queria responder quando le preguntaba, y fuè necesario que Gallo tomase la voz. Esta nota de sospecha es un exceso de voluntariedad, pues no puede sin temeridad aplicarse aun Eclesiastico de las circunstancias del que se indica. En caso de ser sospechoso lo seria para Doña Juana Ygnacia Herquicia, por la relacion de parentesco que tenia con los Riberas, à cuyo favor havia de propender naturalmente, y de otro modo todo Sacerdote se haria sospechoso para los Parientes del Enfermo, si de aquellos auxilios que le ministrase resultara por acaso la exheredacion de los suyos.

119 Reconocidos los AA. se halla que en los Testamentos *ad interrogationem* aunque el que pregunta sea persona sospechosa con todo es valida la disposicion, porque en el arbitrio del Testador està responder, ò nó à lo que se le pregunta. Alciato (86) enseña que el Testamento ordenado por preguntas de la muger al Marido diciendo esta primero las palabras, y luego aquel

(86)

Alciatus 2. 534
Menochius concil
 45. n. 7. *Bursa.*
tus concil. 47. n.
 27. *Surdus concil*
 414. n. 58. *Go-*
mez de Leon de-
cis. Hispal. 57.
 n. 1. *C* 4.

repetiendolas es valido. *Testamentum conditum à Marito interrogante uxore qua se Haredem fieri curaverat, & qua voluntatem Testatoris ita esse scripserit, dicebat, que: Marite me dic ut ego dicam, & singula verba uxor recitabat & vir ille repetebat validum esse:* De que resulta que aun decorando al Licenciado Correa, de sospechofo, que jamás pudiera ser como la muger respecto de un Marido, con esse pretexto el Testamento no se irrita.

120 La quarta conjetura se dirige á que Doña Juana Ygnacia no hà probado que su Marido quisiessse testar haviendo sido manifesta su repugnancia. Cerca de esta conjetura demàs de lo que queda fundado se ofrece lo primero que si el Testador no huviesse querido seriamente disponer, sino hacer un Testamento, como se explica Ciriaco (87) á manera de Campana ò Pandero que nada dixese aunque sonasse, ó como una Caña Hueca. *Ita vocat Testamentum, in quo non fit mentio specialis: dare illis arundinem vacuam: & postea est veluti Simbalum tinniens dans sine mente somnum.* Con haver declarado las Dependencias de Gallo, y Vbillus, ò dispuesto todo á favor de su Viuda, daria el mejor indice de la sugestion, pero disponer de tantas obras pias, legar á sus Parientes, mandar que se restituyessen unas Cabras á Doña Eugenia Campo Rozillo con tan buen methodo y claridad, es prueba de un acto perfecto en razon de voluntad, y condescendencia.

(87)
Ciriacus. Con-
trov. 360.n.46.

121 Lo segundo: que la voluntad de Testar no se requiere con precedencia al acto, basta que se delibere al mismo tiempo de ordenar el Testamento. Y de este sentir son Alexandro, Soci-
no

no el mayor, Menochio, Fachineo, Tusco, The-
sauro, Castillo, y Cancerio, (88) Entre las am-
pliaciones que refiere Escaño. (89) paraque val-
gan los Testamentos *ad interrogationem* está con-
tenida la voluntad declarada en el acto de Testar
Ampliatur 3. dice. *Etiam si non constet Testatorem testari voluisse, & etiam si Notarius rogatus non fuisset à Testatore, nihil enim refert an tunc vel prius deliberaverit testari ex quo in sua potestate fuerat recusare vel approbare heredis nomen.* Por esso no se debe cargar la consideracion en si Don Nicolás de Ribera declaró en sana salud que queria hacer su Testamento, ni á Doña Juana Ygnacia, le incumbe mas prueba de voluntad que la que resulta del mismo hecho.

122 De la quinta conjetura debe hacerse me-
nos aprecio pues la presumpcion de que los De-
rechos naturales claman por su propria sangre, y
assi hace sospecha que en el Testamento *ad in-*
terrogationem, no aparezcan instituidos los Consan-
guineos, cessa quando hay voluntad declarada en con-
trario. Tambien se hade considerar que Personas
son las instituidas en perjuicio de los Parientes.
Castro, Menochio, y Mieres, tratando de esta con-
jetura. (90) ponen el Exemplo en los Hijos y Con-
sanguineos, y dan la razon porque siempre se pre-
sume que el Testador quiere á los suyos. y assi
se creë que los Hombres, no firven ni trabajan
para los estraños; como elegantemente lo dixo Ca-
siodoro en sus Epistolas (91) y Seneca en sus
controversias.

123 La mayor conjuncion en los Hijos es un
fuerte argumento paraque no se presuman exhere-
dados en contraposicion de un Estraño. Pero la

X

rela-

Alexander Con-
cil. 33. n. 12. So-
cinus Junior Con-
cil. 178. n. 5. &
10. Lib. 2. Me-
nochius cõcil. 45.
n. 33. & 34. &
præsumpt. 8. n.
28. Fachineus
Lib. 5. controuv.
cap. 69. Tuscus
tom. 8. lit. T. con-
clus. 124. n. 18.
Thesaurus quæst
99. n. 4. Castillo
cap. 27. n. 70.
& 81. Cancerius
lib. 1. var. cap.
4. n. 137. & his
suffragantibus.

Escaño citato cap
20. num. 7.

Castrensis concil.
339. n. 1. Lib.
2. Menochius L.
4. n. 10. præsumpt.
12. Mieres de
Maiorat. 1. p.
quæst. 25. n. 8.

Casiodorus Lib. 2
Variar. Epist.
14. Seneca Lib. 2
controv. 1.

relacion de Don Juan de Ribera no era de essa naturaleza ni Doña Juana Ygnacia debe colocarse en aquella classe. Don Nicolas de Ribera desde que se caso, le manifestó todo aquel amor y cariño, que causò los resentimientos en su Hermano D. Juan. Esta buena voluntad la declaró en el papel Testamentario en que solo tratò de complacer à su muger deseando evitar las sugestiones que havia padecido en el Testamento *in scriptis*. Fuera de la relacion del matrimonio concurre la de Sobrina de su proprio Marido. Esto hace prueba de voluntad à favor de su institucion, siendo mas verisimil que quisiessse beneficiar el Testador à su Viuda, que tanto havia querido, que à el igual le havia agradado, y que se recomendaba con el vinculo de sangre que no à su Hermano de quien vivia resentido como era publico, y notorio. De que se colige que assi por presumpcion, como por prueba positiva la institucion del Testamento nuncupativo no admite sospecha que la falsifique.

124. No se puede negar que esta materia de conjeturas es arbitraria à los Señores Jueces, pero como el arbitrio debe regularse por las Leyes y Doctrinas es preciso prevenir que no basta una, ò otra para impugnar el Testamento *ad interrogationem*, pues raro será el caso en que dexe de concurrir alguna, sino que son necesarias muchas. Es consejo de Escaño en el Lugar ya citado (92.) *Unum tamen semper advertas quod quando Testamentum ex falsi suspitione impugnaveris, in casu quo ad interrogationem alterius sit confectum non ex una vel altera conjectura tantum Testamentum impugnes, sed ex pluribus, quia nullus ferè erit casus in quo aliqua ex predictis conjecturis vel similibus non inveniatur: quim*
imo

(92.)
Escaño de testam
citato cap. 21. n.
51.

imo aliqua per se sola non sufficiunt ut ex ipsis met recognoscitur, & exempliationibus in principio relatis. Luego no ofreciendose la menor conjetura contra el Testamento nuncupativo, aunque se suponga *ad interrogationem* es claro que no se puede invalidar.

125 El propio trabajo que impendió el Oficial Real en solicitar Doctrinas que trataffen del Testamento *ad interrogationem*, en comparacion de otro qualesquiera anterior con clausula derogatoria, se hà interpuesto por nuestra parte, pero no encontrandose cosa terminante, se reflexiona con el mismo silencio de los DD. que la materia no es dudosa porque la clausula derogatoria ni dà irrevocabilidad al primer Testamento, ni lo constituye en mayor perfeccion. Lo que se tiene por cierto es que el ultimo Testamento *ad interrogationem* deroga el primero solemne y perfecto (93) y así de qualesquiera modo que se conciba el *in scriptis* de Don Nicolas de Ribera, quedó revocado por el nuncupativo de librado y completo en todas sus partes.

126 Aunque en muchos pasages de esta defenza se hà tocado el papel Testamentario para la comprobacion de algunos asumptos verdaderamente graves, yá se proporciona hablar de su importancia. Entre nuestros AA. regnicolas, y Estrangeros es admitido el Testamento por relacion à Zedula privada; pero es menester se haga mencion de ella en la disposicion, ó ante Testigos señalando el Lugar ó persona donde existe, y entonces lo en ella dispuesto se juzga como contenido en el Testamento deferente como asienta el Señor Castillo con otros quarenta Expositores que le siguen (94) siendo precisa la circunstancia del re-

Decius conc. 489 n. 9. Alexander concil. 33. n. 11 Lib. 3. Ruinus concil. 12. n. 11 Lib. 2. Cephalus concil. 544. Lib. 4. Surdus concil. 414. n. 61. Fachineus lib. 5. controuv. cap. 70. & Peraltain Rubric de hared. instit. num. 81.

Dominus Castillo 4. controuv. cap. 20. n. 28. usque ad 37. cum in numeris pro suo more.

ferente, y la existencia del Relato en tal lugar ò Persona por exemplo en el Guardian de San Francisco. *Volo quod hæres meus det illud quod scriptum est in Scheda quam reliqui apud Guardianum Fratrum Minorum ::::: Dum modo de veritate Scheda constet ::::: Omnia contenta in scriptura privata censentur expresse disposita in ipso testamento referente.* De la misma opinion son Matienzo, Gutierrez, Covarrubias, y Pareja (95) con otros muchos que citan. *Nisi Scheda illa ad quam fit relatio sit indubitata, nec controvertatur an sit ea scriptura ad quam se retulit testator? Certum est per equipolens vel alio signo indubitabili ::::: Rei enim demonstrata frustra sit demonstratio ::::: pariaque sunt esse aliquid certum perse vel per relationem ad aliud ::::: Instituo heredem illum quem scripsi inquadam Scheda qua est apud Titium ::::: Si modo constet eam esse de qua Testator censuit. Dum modo liquide constet illam Schedulam vel scripturam qua exhibetur esse illam ad quam Testator se retulit; alias dispositio esset penitus nulla ut omnes uno ore concludunt.*

127. El Cardenal de Luca gasta algunos discursos exponiendo la misma question que denomina nuncupacion implicita, con la Theorica de Bartholo quien refiere la formula de testar con relacion à Zedula privada: (96) numera varios casos y en todos ellos se inclina à la subsistencia de la disposicion cessando, yà se vé todo motivo de sospecha, y falsedad. De la misma opinion es Escañó y la llama verdadera, y mas comun fundandose en varios Textos del Derecho, y en las Leyes Reales de Partida, Toro, y de Castilla con dos columnas de AA. de todas clases que reco-

(95)

Matienzo in Leg
1. tit. 4. Lib. 5.
Glos. 16. n. 13.
Gutierrez Pract
lib. 2. Quæst. 41
n. 3. & 4. Cova
rrub. cap. cum ti
bi de testam. n. 5
Pareja tit. 1 re-
solut. 3. §. 5. n.
12. & 35. &
apud eos commu-
niter DD.

(96)

Card. Luca de tes-
tam. disc. 1. 2. 3
4. 5. 6. 7. 14. &
15. Bartholus in
Leg. si ita scripse
ro ff. de condit. &
demonstrat.

ge (97) Encarga tambien que la Zedula esté escrita de mano del Testador, ò à lo menos firmada de su puño, pues la subscripcion es una virtual escriptura. La identidad de esta Zedula dice que puede probarse con Testigos: con la deposicion del Escribano: con Conjeturas; y finalmente por la comparacion, y cotejo de letras que es el remedio subsidiario que induce semiplena prueba adminiculada con algunas conjeturas.

128 Toda esta Doctrina procede en terminos de no haver oido los Testigos el nombre del Heredero; si no es el instrumento donde estaba contenido. El papel Testamentario declara la institucion de Heredero à favor de Doña Juana Ygnacia, y esta misma se ratificò, y publicò en el Testamento nuncupativo, de modo que ninguno de los Testigos pudo dudar de su verdad, à vista de que el Testador llegando à la herencia se explicò con la referencia à aquel papel que dexaba guardado en la Gaveta de su Escribania à beneficio de su muger. A mayor abundamiento se comprobó reconociendo su letra y firma baxo de juramento las Personas mas circunstanciadas de la Ciudad de Piura, cuya prueba se hà adminiculado con muchas conjeturas y corre à foxas 42. Quaderno 3. Y en todo el discurso de los Autos no se hà impugnado en modo alguno. Asì tiene mayor recomendacion que la Zedula privada de que tratan los DD. por la mayor intimidacion, y expresion de voluntad reiterada; y quedando fundada que la ultima declarada con referencia à Zedula es valida, con mucha mas razon debe serlo el papel Testamentario todo de Letra, y puño de Don Nicolas escrito en su estilo, y sobre que no recae la menor sospecha.

Y

PUN-

(97)

Escaño de testam
Cap. 18. per ro-
tum Leg. à se ro-
to 77. ff. de he-
red. instit. Leg. si
ita scripsero 38.
ff. de condit. &
demonstrat Leg.
Institutio 10. de
condit instit. Leg.
10. tit. 11. part.
6. Leg. 37 Tau-
ri qua est Ley 11
tit. 4. Lib. 5. re-
copil.

PUNTO VI.

EN QUE SE FUNDA LA REVOCACION del primer Testamento por el ultimo nuncupativo sin embargo de la clausula derogatoria con que se manifiesta.

(98)
Leg. 22. tit. par
tit. 6.

(99)
Card. de Luca de
Testam. disc. 76
n. 7.

129 **L**OS Numeros del Manuscrito de 80, à 100. inclusive miran solo al examen de las clausulas derogatoria y revocatoria que contienen ambos Testamentos. El Oficial Real conbibe que por la del nuncupativo no quedó revocada la anterior del Escrito. Fundalo con la Ley Real de Partida (98) en aquellas palabras. *Fueras endesi el Testador dijesse en el postrimer Testamento señaladamente que revocaba el otro.* Dice que le basta la regla general en la materia especialmente aprobada por el Cardenal de Luca (99) que se reduce lo primero, à indagar el fin, ò razon porque se introduxo. Lo segundo si consta de la voluntad del Testador que quiso morir con la primera ò segunda disposicion. Supone con la declaracion de Gallo que Don Nicolas de Ribera, no pretendió revocar el Testamento. cerrado. Trae à consideracion el motivo que tuvo el derecho para permitir clausulas derogatorias principalmente entre los Coniuges, por no cancelarse el matrimonio con una enfermedad de riezgo, y quedar expuestos à muchas disenciones si el Testamento no sale à satisfaccion.

130 La razon de Derecho se contrahe à Doña Juana Ygnacia de quien se expresa que predomi-

dominaba al Marido el que recelando que à la ultima hora le havia de precisar á que la instituyesse heredera, y tal vez se exponia à hacerlo por no desagradarlas en la clausula de foxas 9. buelta Quaderno 1. se explicò diciendo *Que qualesquiera otro Testamento se havia de entender hecho por no displacer la voluntad de su muger.* Tambien se asienta que quando la especial revocacion se infertò por estilo del Notario, por malicia de aquel que la procurò, ò por otras causas ajenas de la voluntad del Testador, no se atiende à ella sino que es necesaria la relacion individual segun decisiones de la Sagrada Rota sobre los discursos del Cardenal de Luca (100)

La del nuncupativo se hace involuntaria, y así mismo inferta por arbitrio del Licenciado Correa, quien la dictò à vista del Libro titulado Villalobos. 131 Da noticia del modo conque el Licenciado Correa supo del Testamento cerrado por haversele confiado baxo secreto natural Blas Gallo, el qual no se observò, pues se le pasó à Don Juan Joseph Quevedo; y se infiere que por encontrarse individual revocacion en el nuncupativo subsiste el primero en el juicio de la Rota. Satisface el reparo de que Don Nicolas de Ribera, era hombre rustico, y por tanto no podia advertir la fuerza de la clausula derogatoria, poniendo diferencia entre la primera y segunda pues la una se hizo con consulta y la otra sin ella, y para mayor esfuerzo concluye con el Juramento que la ratificò, recayendo no sobre la pòtestad de testar sino sobre la voluntad de cuya naturaleza es hacer firme la disposicion à menos que se haga especial mencion de el como lo enseña Gutierrez (101) con otros muchos que son de su misma opinion.

(100)

Tomo 1. Decis.
Rota super discurs.
Card. de Luca decis. 16.
de Testam.

(101)

Gutierrez de Juram confirmat. p.
2. Cap. 1. n. 6.

RESPUESTA.

132 Haviendose convencido la interceptacion del pliego en que aparece la clausula derogatoria en el punto 2. de esta defenza desde el num. 32. hasta el 36. exclusive, solo por Hipotesi debe ventilarse la fuerza, y eficacia de semejantes clausulas. Y porque se presume que es materia de dificil operacion insertar un pliego en un Testamento cerrado. El Cardenal de Luca despues de referir todas las cautelas de que se pueda usar para evitar qualquiera falsedad, juzga que es asumpto muy frequente suponer uno de los pliegos intermedios dexando el primero á cuya buelta se hade subscribir. *Si enim sola possibilitas (102) attendenda est utique ubi etiam dicta rigorosa cautela adhibita fuit, adhuc viget eadem possibilitas quoties (ut frequentius contingit) testamentum constat ex pluribus folijs, unde relicto primo folio in cuius dorso adest rogatus supponi possunt folia intermedia ideoque maiores vel minores cautela deserviunt solum ad augendum, vel minuendum pondus ac efficaciam adminiculatorum & suspicionum, quæ defalsitate & machinatione haberentur ut supra non autem ad statuendam desuper regulam.*

133 Poniendonos en el Punto no puede dexar de dilatarse la pluma por ser uno de aquellos mas abiertos que reconoce el Derecho y contravierten los DD.

134 Si como es nulo el Testamento *in scriptis* por defecto de solemnidades, y voluntad del Testador fuese valido, y perfecto: por el posterior nuncupativo siempre quedaba por toda Ley re-

(102)
Card. Luca de res.
tam. ubi supra
Discurs. 2. n. 9.
N. si enim.

(101)

revocado (103) Es verdad que en prevencion de las fugeſtiones y engaños, ſe uſa de la cautela de la clauſula derogatoria; que es un acto poteſtativo de falta de voluntad en los poſteriores Teſtamentos. Pero el miſmo que la puſo puede quantas veces quifiere revocarla. Y en conſtando de la penitencia y revocacion queda deſtruida ſu eficacia por depender todo de la voluntad de los Teſtadores que no pueden imponerſe Ley de que no les ſea licito apartarſe: *Nemo enim eam ſibi poteſt Legem dicere, ut apriori recedere non liceat* (104) *Quamvis in primo Teſtamento a-poſita fuerit clauſula derogatoria, nihilominus mutari, variari & revocari poteſt ::::: Quippe cum nemo poſit ſibi imponere Legem, remanet in ſua libertate Teſtator mutandi ſuam diſpoſitionem non obſtante preſata clauſula.*

135 Quantos modos traen los AA. para conocer la voluntad de revocar puntualmente, ſe verifican en el Teſtamento nuncupativo. Vnos aſientan que baſta ſolo hacer ſegundo Teſtamento, pues ſeria duríſſimo que ſabiendo tener hecho otro anterior, è intentando revocarlo no tubieſſe efecto el ſegundo por natural olvido de la clauſula, quando à la hora de morir es muy regular olvidarſe de todas las coſas, y baſta la voluntad con la authoridad del Derecho. En cuya virtud ſolo por hacer ſegundo Teſtamento queda revocado el primero; como entre otros argumentan el Subtilíſſimo Fabro; y Cujacio (105) *Multo tamen liberio-rem teſtandi facultatem habet, quiſquis nulla indiget revocatione ad liberé, ſecure que teſtandum, quam qui propria cautione ſe conſtrinxit ne Teſtamentum mutare poſit niſi hoc vel illud faciendo cum eveniat plerumque ut non*

Z

faciat

Leg. 8. 21. 22. & 23. tit. 1. p. 6. Leg. 1. 2. 11. & 16. ff. de in-juſto rupt. Leg. hac conſult. ff. Si quis autē cod. de Teſtam. cap. cum Mar. de celebrat Miſſ. §. poſteriore Inſtit. de teſtam. & ibi omnes Inſtituarij.

Gomez in Leg 3. tauri.

Leg. ſiquis 22. ff. de Legatis 3.

Braschiuſ de pleno arbit. hum volunt. c. 8. n. 6.

Cujaciuſ obſervat. 7. per totam L. 4. Faber. de error. Pragm. de cada 37. error 7 8. & 9. & De cada 38. error. 1 & 2. & n. 22. error. 7. decada 37.

Vinniuſ §. 2. Inſtit. quib. mod. teſtam. infring. num. 7.

*faciat quod faciendum esset ad recuperandam testandi fecultatem; oblitus fortassis eorum quae priore Testamento continebantur, aut ex longiquitate temporis, aut propter implicationem Verborum aut denique quod frequentius est propter humana fragilitatis conditionem quae mortis cogitatione perturbata minus potest plures res memoria consequi aut retinere Quomodo enim huius clausula derogatoria meminisse posset ijs qui-
vis sui ipsius aut etiam Dei opt Max. eo tempore sit memor Ob hoc solum quod aliud testamentum postea factum est.*

136 Otros DD. pidieron la revocacion general que aqui tambien se verifica, como puede verse en Bartholo, Fabro, Misfingero, y muchos Maestros que le figuen; y esta se llama comun opinion (106) *Ut iam appareat generalem quamlibet revocationem sufficere nec specialem requiri, nam si nullam requiri probabimus, multo magis probatum relinquitur sufficere generalem.* Algunos quieren la revocacion especial la que conciben assi. No obstante qualesquiera Testamentos que tengan clausulas derogatorias. O assi No obstante qualesquiera clausulas derogatorias que hé aqui por insertas; aunque se huviessem de expressar. O assi No obstante qualesquiera palabras de que à ora no me acuerdo. Y como no hay cierta formula, basta que baxo de qualesquier figura de voces se indique la penitencia, ya sean ò no especificas directas, ò indirectas, pues conociendose racionablemente la voluntad de revocar (como esta sea question de hecho) se entiende revocado el Testamento anterior inserta la clausula derogatoria.

137 Este es el comun sentir de los Interpretes

(106)

Bartholus in Leg
siquis ff. de legat
3. Misfingerus §
2. Instituta quib
med. testam. in
firm. Cujacius ob
serv. 7. Lib. 14
Faber. decada
38. error 1.

res guiados del grande Bartholo, que distingue genero, Especie, é Individuo con todos los demás y constituyen el signo yà en la oracion dominica, yà en la salutacion Angelica, ò en qualquiera otro que libremente pusiere el Testador. Y como la materia es tan copiosa de este comun dictamen aconsejan los DD. que no deben apartarse los que juzgan, y consultan. Citamos por èl una docena aunque se pudiera una Centuria; (107) no por otro fin sinò para acreditar quam comun, y sin controversia es el punto en el Derecho.

138 La clausula revocaroria del Testamento nuncupativo està plenissima, y abundante para convencer la voluntad de Don Nicolas, à fin de revocar el cerrado, y otro qualquiera. Y por este mi Testamento (dice) Revoco, y anulo y doy por de ningun valor ni efecto otro qualquier Testamento, ó Testamentos, Cobdicilo, ó Cobdicilos, manda, ó mandas, que antes de este mi Testamento huviesse fecho, y otorgado assi por escrito como de palabra, aunque tengan qualesquiera clausulas derogatorias, y palabras especiales de que haya de hacer especial mencion, que de presente no tengo noticia; que todos ellos quiero que no valgan ni hagan feè en juicio, ni fuera de èl salvo este mi Testamento que al presente hago, y otorgo ante Testigos, el qual quiero que valga por mi Testamento, ó Cobdicilo

¶

71. cit. 23. Ceballos comun contra comm. tomo 1. quest. 211. n. 4. Fachineus Lib. 4. Controv. cap. 92. Gutierrez de Iuram. 2. part. cap. 1. num. 6. §. quod fit. Dom. Gregorius Lopez in Leg. 22. tit. 1. part. 6. gles. 2. Menchaca de sucefs. Creat. Lib. 2. §. 17. & de sucefs. resolut. Lib. 1. §. 1. à principio & §. 2. à princ. Pater Ludovicus Molina de iust. & Iur. tom. 1. tract. 2. disp. 153. num. 22. & 23. Dom. Salgado de reg. protect. 3. part. cap. 10. num. 89.

Alexander concil. 134. col. penult. L. 1. concil. 7. n. 8. Lib. 4. & in leg. Sancinus. Cod. de testam. n. 5. & ad Leg. 2. de Liberis & posthum.

Illm. Barbosa de clausulis usu frequent clausul. 43. n. 5. & in vot. decis. vot. 11 n. 6. referens sig. n. illud Ave maria & illa verba de quib. modo non recordor, & similia.

Alvaradus de conjecturata mente Defuncti Lib.

3. cap. 2. n. 33.

Dom. Castelus controuv. Lib. 4.

cap. 53. n. 34.

Dom. Covarrubias de testam.

part. 2. rubrica

n. 58. & plurib.

seqq. prapicue n.

cilo, ó por mi ultima, y postrimera voluntad, ó en aquella via y forma que mas, y mejor haya lugar en Derecho.

(108)
Dom. Covarrubias ubi supra n. 61. verb. rursus & seq. cum Baldo Angelo Abb. alijsque quam pluribus laudat que præcipue Navarrus in cap. si quando de rescrip. cel. 4.

(109)
Faber in cod. suo de testam. definit 10. Mascardus de probat. conclus. 1127. n. 20. Guido Papa quæst. 127. n. 4.

(110)
Card. de Luca. disc. 64. de testam. per totum.

(111)
Hypolitus de Marcilis in 2. volumine Consil. 77.

139 El Señor Covarrubias con veinte y tres DD. del mayor nombre fiente (108) por mas comun opinion que solo el decir no obstante qualquiera Testamento que tenga palabras derogatorias que aqui se havian de repetir, y tenganse por expresas, se llama revocacion especial segun el estilo de la Curia Romana, que comprueba con otros muchos de grande authoridad; quanto mas diciendo Don Nicolas que de presente no tenia noticia; como que no havia sido de su mente la clausula sino solicitada por el Heredero, y dispuesta por el Escribano Valdivieso.

140 Haviendo dicho el Testador que de presente no tenia noticia de la clausula derogatorias; se le hade creer precisamente (109) *Quid si Testator posteriori Testamento affirmaverit non recordari se verborum clausula derogatoria, in eamque rem jurisjurandi quoque religionem adhibuerit? placet, credendum esse Testatori etiam non jurato.* Bastando para calificar el olvido, el tiempo de dos años y meses que mediaron hasta la fecha de su fallecimiento; pues en el Derecho no lo hay determinado para esto, y todo queda á la calificacion, y prudente arbitrio de los Jueces (110) Hipolito Marcilis llama cosa antigua la que es anterior solo dos años, y aun en menos tiempo por la experiencia de lo fragil que es la memoria, (111) *Nam res ista de qua fecit relationem non est nova seu recens, sed potius est antiqua ex transituduorum annorum ut clarum est in quo temporis spatio cadit obliuio. Et etiam quandoque in minori spatio ut rerum Magistra*

gistra experientia docet, quoniam labilis est memoria hominum.

141 La Ley de Partida (112) hace por nuestro intento pues en aquellas palabras *señaladamente*, no requiere la textual individua especificacion de la clausula finó la indefinida mencion en general; de cuyo sentir es su glossador el Señor Gregorio Lopez exponiendo la palabra *señaladamente*. En las Leyes de Castilla, y de Toro (113) se dice *Que nombrada é señaladamente se instituya el Heredero*: y añade Gutierrez, con authoridad de varios Regnicolas, que la palabra *señaladamente* es mas general que la *nombradamente*, y que basta para que se verifique el *señaladamente* un signo indubitable; ó una relacion á otro instrumento paraque se cumpla con la institucion de Heredero, que debe ser nominada, y señalada; y por esso vale el Testamento con relacion á Zedula cierta, é indubitable, y no es necesario decir el individuo nombre del Heredero. Luego la palabra *señaladamente* no pide revocacion individual en la Ley de Partida, sino especial. Y assi segun la Ley solo esta se requiere, como que de ella no se havian de apartar nuestros AA.

142 Aunque en los Derechos la especie se suele tomar por genero, y el Individuo por especie, por lo que la especial derogacion se puede entender individual en materia de Testamentos, se distingue el Genero, Especie, é Individuo (114) El Testamento es nombre general, y assi revocado en general, no basta si tiene clausula derogatoria; pero endiciendo aunque tenga palabras derogatorias, ó por contraseña es especial la revocacion, porque se hace mencion del Testamento,

Aa

Y

(112)

Leg. 22. Tit. 1.
part. 6.

(113)

Leg. 3. tauri Leg.
11. tit. 4. Lib. 5.
recopil. Castel.
Gutierrez Prac-
tic. Lib. 2. quest
41. num. 3.

(114)

Bartholus in Leg
si quis 22. ff. de
Legat. 3. n. 10.

(115)

*Dinus in Cap.
quod semel de re-
gul. Jur. lib. 6.
num. 22. Benen-
cacijs in leg. 1.
ff. solut. matrim.
num. 6.*

(116)

*Vinius in §. si ge-
neraliter 22. Inf-
tit. de Legat. n.
1. 2. & 3.*

(117)

*Menochius lib. 4.
presump. 166. n.
48.*

y su qualidad; pues especial se dice lo que es abstraydo de la generalidad como funda Dino (115) y Benincacio con varios Textos.

143 Ay un Titulo en el Derecho de fuerza, y fuerza armada. La una es genero; la otra especie. El Credito se difiere del mutuo como la especie del genero, y ambos son nombres generales. La Plebe, y el Pueblo lo son tambien, y se distinguen como especie, y genero. Lo mismo el Don, y el regalo con causa. La Adopcion, la Abrogacion. Y como dixo el docto Arnoldo Vinnio (116) ay diferencia entre las cosas que tienen cierta determinacion por la naturaleza como el Hombre, el Caballo, y el Buey; de aquellas que no la tienen como el Fundo, y la casa: Y al modo que ay genero generalissimo, y infimo hay tambien Individuos que se dicen Especies especialissimas. Por tanto la especie no siempre se toma por el Individuo, y revocacion especial se dice la que se termina à aquella especie de Testamento que se intenta revocar, porque hay unos que no tienen clausula derogatoria, y otros que la tienen.

144 Otra expresion aparece en el Testamento que vale por especial revocacion. *Quiero que valga*, dice Don Nicolas, *por Testamento Cobdiculo ó por mi ultima, y postrimera voluntad ó en aquella via, y forma que mas haya lugar en derecho*: pues por ella se descubre la enixa y eficaz voluntad de revocar el primer Testamento como lo enseña Menochio (117). *Idem esse quando Testator voluit secundum Testamentum valere omnimodo & forma quibus modis valere potest & esse specialem derogationem*. De modo que en el juicio de todos los DD. que

que se han recogido el Testamento *in scriptis*, quedò revocado con la revocatoria del nuncupativo por ser esta baxo de diversas consideraciones yá general, yá especial de la derogatoria que le precedia.

145 Puede tambien con fundamento decirse que el Testamento nuncupativo contiene revocacion individual pues es el unico à que se termina la revocatoria. Si se exhereda el Hijo, y no hay mas que uno, se entiende nominadamente exheredado. (118) *Nominatim exheredatus filius, & ita videtur. Filius meus exheres esto si modo unicus sit.* Y ya vimos arriba con las Leyes Reales, y authoridad de Gutierrez, que la palabra *nombradamente* se refiere à un acto específico nominado, y designado con el nombre quando; por exemplo Nombrare à Ticio, ò à otro por Heredero; conque no haviendo mas que un Testamento que revocar que es el cerrado no solo debe contemplarse específica sino individua, y nominada la revocacion. Nombrada, ó señaladamente. *Nam verbum nombrada ad actum specificum & nomine designatum referunt: Hoc exemplum quando Titium nominaverit heredem vel alium suo nomine.*

146 Reconociendo el Lugar del Cardenal de Luca en que se funda el Oficial Real para contradecir nuestro tema (119) se halla lo primero, que la question parece mas de hecho, que de Derecho. Lo segundo, que indagando la razon porque se suele usar de la cautela de la derogatoria; enuncia dos; la una justa y favorable al Testador que en sana salud previendo sugestiones al tiempo de la muerte asegura su voluntad por esse medio. La otra se suele afectar por los

Escri-

(118)

Leg. 2. ff. de Lib
& posth. Gutie-
rrez Practic. lib.
2. quest. 41. n.
3. ex Leg. 27.
Tauri hodie leg.
11. tit. 4. lib. 5.

(119)

Card. Luca de
Testam. Disc. 76

Escribanos ignotante el que testa lo que frequentemente acontece con las mugeres. Rusticos, ò enfermos de gravedad, y así se le quita indirectamente la facultad de testar.

147 La derogatoria del escrito expresa *que qualquiera otro Testamento hecho à la hora de la muerte se entienda que es por no displacer à su muger*. Pero estas expresiones son notoriamente exorbitantes artificiosas, y sugestivas, colocadas solo con el fin de hacerlo irrevocable, que fuè el que llebò quien lo dispuso interesando al Escribano Valdivieso que se dice el Consultor. D. Nicolas como hombre Rustico no podia advertir lo que queria decir la clausula derogatoria; y los AA. convienen en que semejantes clausulas puestas en Testamentos de Rusticos, mugeres ò Menores son de ningun momento (120) porque no pueden penetrar su vigor, y eficacia, ni colocarlas menos que sugeridos, en cuyo caso basta solo hacer segundo Testamento con aquella revocacion regular y general *Derogatoria in Testamento Mulieris, Rustici Minoris, nullius est momenti ideoque suscit in secundo revocatio generalis*.

148 Tambien la decission que propone el citado Cardenal ofrece mucha disparidad, por la diversidad del caso à que se terminò. Allí se refiere la especie de una muger Viuda nombrada Marcia que teniendo tres Hijos mayores desunidos todos entre si, viviendo con uno de ellos, dispuso su Testamento y los instituyó por iguales partes, insertando con él una clausula derogatoria. Despues de tiempo estando para morir ordenò un Cobdilo en que declaro que debia à aquel Hijo Geronimo con quien havia vivido, muchos años de alimentos, y mandò que se le pagassen con prela-

cion.

(120)

Addicionator Julij clarij Lib. 3. recept. sent. §. testam. quest. 99. Paricius concil. 10. n. 10. Covarrubias 2. part. Rubrica n. 71. Ortega ibide Mantica de coniect. Lib. 12. tit. 8. num. 15.

cion. De esta disposicion Cobdicilar se dixo que era sospechosa, por que el Hijo se aprovechò de la ocasion de vivir con la Madre, y valiendose de la fragilidad de su Sexo, de la hedad, y accidente pudo seducirla, y este fue el fundamento por que se le diò toda firmeza à la clausula derogatoria reparandose tambien que con el pretexto de los alimentos se queria alterar aquella igual disposicion que prudentemente se havia arbitrado à beneficio de todos los Hijos (121) *Sed quia cum eorum uno convivere probabiliter (ut casus dedit) apud eum infirmitas & moritura unde propterea ob triplicem sexus ac etatis & infirmitatis imbecilitatem, sive cum blanditijs, sive cum malis tractamentis seductioni subiecta erat, hinc pro inde ne dicta inaequalitas servaretur dicta cautela nimium honesta & prudens fuit. E converso autem secunda dispositio exdictis circumstantijs potius suspecta & consequenter quod versaremur in casu regulae potius quam in casu limitationis.* Doña Juana Ygnacia Herquicia, si vivia con su Marido quando otorgò el Testamento nuncupativo, no se le insinuo para que la instituyesse por Heredera ni hay Testigo que asegure tal hecho. Don Nicolas no hizo otra cosa que ratificar lo dispuesto en el papel Testamentario conque faltan aquellas circunstancias, que en el Testamento de Marcia hicieron la insubsistencia del Cobdicio.

149. Es visto que la clausula Derogatoria no fue del conocimiento de Don Nicolas de Ribera, y el color conque se motivò ha sido artificio de sus Autores: por esso no se pueden deducir à aquellas consecuencias de que el Derecho se vale para admitir tales cautelas, ni mucho menos to-

(121)

Idem Card. de Luca ubi supra n. 8 prope finem.

carfe sobre indeliberacion del Testador para la revocatoria por lo que dice Blas Gallo, pues antes se hà expuesto cerca de uno; y otro asumpto convenciendo el animo deliberado por los diversos Hechos que descubren su verisimilitud, y reprochando la deposicion de un Testigo indigno, perjuro, dependiente, y Compadre del que lo produjo. Lo que mas estrañeza causa es figurar un predominio en Doña Juana Ygnacia tal que previsto por Don Nicolás quiso asegurarse con la derogatoria dando à conocer, que no por voluntad, sino por no displacerla podia entrar en Testar à su favor.

150 A Doña Juana Ygnacia Hrqicia, no se le puede atribuyr mas que aquello mismo que debe hacer toda Muger casada en obsequio del Marido, y Gobierno Economico de su Casa. Lo que jamas se habrà notado por predominio de parte de la Muger, ni subordinacion de la del Marido. El agudo Portugues Don Francisco Manuel, que dirigió su obra à la mejor conducta de Casados previene discretamente en quanto à la justa economia deber ser el Gobierno domestico de la Muger. Estevan Natem (122) tratando de los honores debidos à las Mugeres ensena que para lograr su bondad es menester permitirles dos cosas que manden, y que pidan. *Del Hombre la plaza de la Muger la casa. En fin quede asentado que el gasto ordinario conviene que se entregue à la Muger para contentarla, ocuparla, confiarla, y darla estos cuidados para desviarla de otros. Ut bonam habeas Vxorem, fac & permittit hac duo ut impetret & imperet.* Solo al Oficial Real pudo ofrecerse por acto de predominacion el modo de manejarse de la Viuda de

(122)

Carta de Guia
de Casados fel.
mihi 55. & 57
Estefanus Natẽ.
de Justit. vulner.
part. 1. tit. 8. cap
10. n. 1. circa
finem.

de Don Nicolas pero puesto que no fuè mas que cumplimiento de su obligacion matrimonial, deberá deponer los recèlos conque imagina sugestiva la ultima voluntad.

151 Degradar la clausula Revocatoria con el titulo de sugerida por el Licenciado Correa, y traher para ello comprobaciones de la Sagrada Rota, es olvidar se de aquellos discursos que no se esconden aun à los Escribanos que son los que methodizan las disposiciones. La accion del Licenciado Correa, fuè tan natural que nunca puede vituperarse pues vale tanto como haverle dado apuntes à un Escribano, que depone que de expreso orden del Testador formó el Testamento, y aunque lo haya hecho otro qualquiera que no fuèsse el disponente, en contestandose con este, como se contestò con Don Nicolas es lo que basta segun ensena Geronimo de Palma en sus Alegaciones (123) aun hablando de una minuta escrita por el Procurador del Marido de una Testadora, cuya alegacion es muy celebre, asì por la Sentencia que sobre el caso se pronunciò, como por las grandes doctrinas en orden à las presumpciones de la voluntad.

152 No es menos recomendable la decission de Don Carlos de Tapia (124) en que el Supremo Consejo de Italia determinò por la libertad de un Testamento hecho por un Marido en las Carceles, à favor de su Esposa hija de un Magistrado, por no haverse probado que el Padre de la Hèradera havia interpuesto ruegos, ni persuasiones importunas antes si comunicado el Testador su voluntad, no solo con el Confessor sino con su Abogado, y Procurador.

153 Este modo de manejarse los Testadores

(123)

*Hieronimus de
Palma allegat.
68. n. 5. 19. 21.*

(124)

*Dom. Carolus de
Tapia Marchio
de Velmonte dec.
16. num. 1.
usque ad 19.*

es comun á ambos Estados de enfermedad y salud, pues en qualesquiera de ellos se entregan á Hombres sabios que arreglan sus apuntes y clausulas segun se les há manifestado la voluntad siendo una de las mayores pruebas de la deliberacion, querer testar con semejante consejo, que es lo que previene la Ley Real de Partidas y su Glossador Gregorio Lopez, enseña que los Sabios pueden añadir clausula revocatoria de derogatoria por que esso no es propriamente añadir sino declarar.

(125)

Leg. 11. tit. 3.
partit. 6. Et ibi
Gregorius Lopez

(125) Emando que te vayas á algun home Sabio, é en la manera que el ordenare que sea fecho mi Testamento, é de partidas mis mandadas que lo escribas tu assi porque tengo por bien que vala como lo el ordenare. Entonce bien valdria lo que assi fuesse fecho por mandado del Testador Sapiens potest addere clausulam revocatoriam derogatoria Et quod ista opinio servatur defacto, quia non est addere sed declarare Et habet pro se equitatem. Por comprehenderlo todo en una palabra el Sabio consultor de un Testamento aunque no puede suplir voluntad, pero si la eficacia de las clausulas confandole de ella, como lo asienta Menochio (126) con otros DD.

(126)

Menochius Lib.
4. presump. 166
n. 55. cum allijs.

134 Aora se verá si tiene algo de reparo que el Licenciado Correa, estendiesse la revocatoria del Testamento nuncupativo. El Testador comunicò con él su voluntad despues de haverse confesado. No quiso que la disposicion se hiciesse sin su formal presençia como lo tiene declarado en esta inteligencia cerciorado de su voluntad obrò como hombre sabio estendiendo la clausula revocatoria que permite la Ley, y para ello no fue mucho que tuviesse á Villalobos en las manos para dirigir su thenor con mas acierto. Tam-

155 Tambien se le nota al Licenciado Correa, falta de confianza en su modo de proceder importara semejante à la de hacerlo sugesor de la disposicion nuncupativa. El desempeño para todas estas arduidades es Blas Gallo, que comprende todos los asuntos. Dice que haviendole confiado al Licenciado Correa, la noticia del Testamento cerrado revelò el secreto pasandola à D. Juan Joseph Quevedo. Mas de lo que se hà deducido contra el Testigo, no puede ofrecerse en linea de tacha. Està calificado de falso, y perjuro; así nada se le debe creer; porque la deposicion es indivisible, y viciada en una parte se entiende lo mismo en todo lo demás, principalmente quando se presenta la inverisimilitud en el mismo hecho que se refiere; pues si el Licenciado Correa, huviesse sabido del Testamento cerrado, en el nuncupativo era consiguiente que lo revocasse con mayor individualidad poniendo una clausula derogatoria tan expresiva y determinada que aun no ofreciese motivo para questionar la subsistencia de la ultima voluntad.

156 El privilegio de Rustico que se le adaptó à Don Nicolas paraque se le dispensassen solemnidades se retuerce contra la Viuda arguyendo que su misma rusticidad le hizo no conocer la clausula revocatoria del ultimo Testamento.

157 Confesada la impericia del Testador le es innegable el privilegio que le compete, sin que pueda convertirse en odio de la disposicion, pues de esse modo ningun Rustico podria testar á causa de no conocer la naturaleza de aquel acto. Don Nicolas sabia lo que era Testamento en el modo conque lo declaró en el papel Testamentario pero nunca penetró, que importaba la clau-

fula derogatoria, así por no ser obra de su producción, como porque es la interceptada de que ya se ha tratado. Yguualmente en su ultima hora expresó que era su voluntad la del nuncupativo; que queria subsistiese en toda forma; y como declarada ya por el Testador, el Notario, ò qualesquiera otro bien podian estender las clausulas de modo que surtiesse efecto lo que se disponia como se acaba de fundar. Por esso haciendo el Licenciado Correa, oficio de Notario estendió la revocacion, que siendo en la substancia arbitrio de Don Nicolas en el methodo fue disposicion del Consultor.

158 Sobre el Juramento que se le ingirió à la clausula derogatoria, se expuso lo que convenia en el Alegato Juridico. Ahora se estiende la Doctrina en qualesquiera de las dos Especies de Aferitorio, ò Promisorio que se tome. Si en la primera paraque el Juramento sea valido debe ser concebido en verdad, Juicio, y Justicia, segun el Texto de Jeremias (127) *Et jurabis vivit Dominus in veritate, in judicio, Et in justitia*: y ya se há visto que no fue verdadera la voluntad del Testamento cerrado quando procedió sugerido el Testador por su hermano y el Escribano Valdivieso. El Juramento es de tal naturaleza que toma la del acto à que se adhiere (128) Y, así si el Testamento antes de jurarse era revocable, despues de jurado queda en el proprio ser, y nada le añade á la derogatoria; luego revocandose por el posterior nuncupativo el primero. Tambien el Juramento quedó revocado como su acesorio que sigue su condicion.

159 Si en la segunda de Promisorio; la promeza jurada de no revocar la disposicion no obli-

ga

(127)

Ex Hieremias
4. v. 2. Cap. 26
de Jur. jur.

(128)

Legis Juris Gentium
7. §. si pascis
car ff. de pact. leg
siquis Inquilinos
112. in fin. ff.
de Legat. 1. Leg.
non dubium Cod.
de Legib.

ga, y no obstante ella puede revocarse, sin incurrir en la pena de perjurio por ser contra las buenas costumbres tanto civiles, como canonicas segun defienden graves AA. aun siendo el primer Testamento ad pias causas (129) *Posse revocari Testamentum juratum, etiam ad pias causas tamquam comunem opinionem ex plurimis antiquis & modernis DD. :::: Perjurum non esse revocantem quia hoc juramentum contrarium est bonis moribus civilibus & Canonicis.*

160 De donde se concluye que no obstante la clausula derogatoria, el Testamento *in scriptis* se canceló por la revocatoria del nuncupativo recomendable por sus circunstancias perfeccion y solemnidad.

161 Finaliza el manuscrito refiriendo las clausulas (del primer Testamento desde el Numero 101. hasta el 107.) por las disposiciones piadosas que encierran para persuadir su irrevocabilidad aun contodo el thenor del segundo nuncupativo, recomienda la clausula 7. y porque en ella se prorroga la fundacion del Colegio de la Compañia de Jesus hasta el Año de 69. siendo assi que en el nuncupativo la prerrogacion solo corria hasta el de 62. Los frutos tambien del tiempo que mediaffe para hacer la Fundacion se le aplican à las Sobrinas à razon de 500. pesos à cada una y en el ultimo Testamento se previene que Doña Juana Ygnacia administre como proprias las Haciendas. En el cerrado ordena el Testador que si no se verificase la fundacion del Colegio se funde una Capellania de 8y. pesos de principal, nombrando por Patron y Capellan á Don Juan de Ribera, y por su falta à todos sus descendientes, y en el abierto manda se funde una Capellania de 2y. pesos

(129)

Dom. Covarrubias de Testam. 2. part. Rubrica n. 46. & 47. Antonius Gomez in leg. 3. tauri n. 95. & 96.

fos de principal y llama por Patron y Capellan à Don Buenaventura Herquicia y Quevedo, Vnas y otras clausulas ofrecen en concepto del Oficial Real materia para exponer muchas Doctrinas de Derecho, las que dice omite por la debil salud de su Director; como tambien el punto de no haver visto firmar algunos de los Testigos el Testamento nuncupativo, por no haverse hallado presentes à esse acto esperando por todo se declare por ultima voluntad la del Testamento *in scriptis* y por nulo y de ningun valor ni efecto el posterior nuncupativo.

RESPUESTA.

162 La Concordancia de Clausulas de ambos Testamentos influyen tampoco por la preferencia de alguno, que bien pudiera omitirse su memoria. Lo que conviene saver y no se niega por el colitigante (por ser hecho que se sujeta à material reconocimiento) es que si en el primer Testamento se describe clausula prorrogatoria à favor del Colegio de la Compania de Jesus, en el segundo se encuentra otra prorrogacion. Si en aquel se manda fundar Capellania y en ella se instituyen Patronos y Capellanes beneficiando el Testador à sus Parientes en este tambien se manifiesta otra fundacion bien que nombra el Testador à Don Buenaventura Herquicia, por primer Capellan sin olvidarse de su propria sangre, como que en segundo lugar llama à Don Laureano Jayme, su Sobrino y posteriormente à sus Parientes; en esta segunda fundacion de Capellania resplandeze mas la voluntad de Don Nicolas de Ribera, pues respecto de el Capellan D. Buenaventura Herquicia, concurre la relacion no solo

lo de Cuñado, sino tambien de Sobrino por ser hermano de Doña Juana Ygnacia, sobrina así mismo de su propio Marido, con quien no pudo haver contrahido Matrimonio, sin especial dispensa del Ilustrísimo Señor Don Francisco Xavier de Luna Victoria, Obispo de la Santa Iglesia de Truxillo; que para el efecto la confirió. Y si en el Testamento cerrado dexa Don Nicolas señalados 500. pesos á sus Sobrinas por una sola vez en caso de que no se verifique la ereccion del Colegio de la Compañia en el abierto las instituye herederas al igual que su Viuda en aquella parte que ella les asigne reflexionandose que como en esta ultima fundacion no llama Don Nicolas al Escribano Valdivieso, y al Escribiente Ruidiaz; tal vez esto daria merito al reparo de no hallarse acordes ambos Testamentos en la confrontacion de sus Clausulas.

163 Es visto que si hay alguna disonancia entre las dos disposiciones la diferencia es tan corta que no varia su especie segun el sentir del Philosopho *quia magis & minus intra eandem lineam non mutant speciem*. Uno y otro Testamento encierran mandas piadosas por esso á todos corresponden iguales preeminencias y ninguno puede alegar el interés de la Causa pia por ser privilegio de que no se puede usar contra el igualmente privilegiado (130) desuerte que es forzoso precindir de lo piadoso de las voluntades Testamentarias reduciendose todo á un derecho ordinario en el qual se busca la preferencia por la ultima.

164 Ni se puede hacer Misterio de que alguno de los Testigos de la disposicion nuncupativa exprese que no la vió firmar, pues basta que em-

Dd

pre-

(130)

Covarubias pract. cap. 7. num. 4. Gregorius Lopez in leg. 25. glos. 5. tit. 22. partit. 3. Fontanella decis. 10. Hermocilla in leg. 5. glos. 1. n. 4. tit. 1. part. 5. & dom. Salgado part. 1. Laberinth. cap. 7 á num. 46.

presencia de todos se leyese al Testador y la huviere aprobado pasando á subscribirla. Es bien controvertido entre los AA. si sea necesaria la subscripcion del que quiere disponer nuncupativamente para su valor y firmeza. Lleban la negativa Pablo de Castro, Saliceto, Cornelio, Oldrado, Alberico, Azor, y el Especulador (131) Las leyes de Toro y recopilacion de Castilla (132) fundan la misma opinion pues Su Magestad refiere las solemnidades que deben intervenir en los Testamentos escritos y nuncupativos y solo en los primeros pone por forma la firma del Testador. *Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la Ley del ordenamiento del Señor Don Alonzo, que dispone quantos testigos son menester en el Testamento se entienda, y practique en el Testamento abierto que en latin es dicho nuncupativo, à hora sea entre los hijos ó descendientes legitimos à hora entre herederos extraños.* Pero en el Testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis* mandamos que intervengan à lo menos siete Testigos con un Escribano los quales hayan de firmar encima de la Escripura del dicho Testamento ellos y el Testador. Si la mente del Rey huviere sido que en los Testamentos nuncupativos subscribiese el Testador su nombre era regular que claramente lo expresase. En ambas decisiones se ve que solo hablando de los Escritos, se dice que los haya de firmar el Testador explicandose con la diction *pero* que es adversativa *in factò & injure*, de todo lo antecedente donde se ha tratado de la solemnidad de los nuncupativos, luego en ellos no es necesaria la firma para la solemnidad del acto.

(131)

Paulus de Castro in leg. cum antiquitas cod. de Testam Salicetus in leg. contractus calum. 2. cod. de fide Instrum Cornelius in leg. hac consult. §. ex imperfecto cod. de Testam Oldradus Albericus Azor in summa cod. de Testam. col. 2. Speculator intit. de Instrum additione §. compendio se colum 17.

(132)

Leg. 3. Tauri leg 2. tit. 4. lib. 5. nov. recopil.

de partida (133) en aquellas palabras y los nombres de los Testigos á lo menos que sean Escritos y de sus manos, ó de mano del Escribano Publico, pero mas terminante es el Lugar de Pedro Nuñez de Avendaño, (134) que teniendo presente la Real Pragmatica de Alcalá sobre que las partes firmen los Instrumentos de su nombre pone como por regla asentada que en el Testamento cerrado debe firmar el Testador y los Testigos pero en el abierto no se requiere la subscripcion de la parte ò otro Testigo en su lugar. *Septimus cassus est (inquit) intestamento in scriptis nam debet subscribi tam a partibus quam a testibus secundum formam textus in lege 3. de Toro; in Testamento vero nuncupativo quod vulgo apellamus abierto non requiritur. Subscriptio partis vel testis pro eo; nam sola voluntas testibus probata sufficit secundum formam textus in lege 1. tit. de los Testamentos Lib. 5. ordinamenti nam dicta pragmatica de Alcalá requirens subscriptionem partis vel testis pro eo loquitur in contractibus & non intestamentis & si Tabelio errat in casu pragmatica punitur in partis interesse, intestamentis vero si errat non ponendo integram solemnitatem punitur, ut falsarius ut in lege jubemus §. 1. cod. detestamentis & sic leges requirentes subscriptionem locum habent in testamentis in scriptis non in nuncupativis.*

166 De todas estas Doctrinas se infiere que si la Subscripcion del Testador no es esencial en los Testamentos nuncupativos poco importa que algun Testigo no viesse firmar á Don Nicolas de Ribera, y esta de su pererogacion la firma que los demás instrumentales declaran haverla hechado en su precencia.

(133)
Leg. 111. tit. 18
part. 3. leg. 124
eodem tit. &
part. consonat.
leg. 54. eodem
tit.

(134)
Petrus Nuñez
de Avendaño de
exsequendis má
dat. Reg. cap. 16
n. 20. v. 7. casus

(108)

167 Estos son los Derechos de Doña Juana Ygnacia Herquicia, si en su exposicion se notasse algun silencio culpable ò exceso de Pluma en los puntos que se han tocado buelva por el Director el Emperador Justiniano (135) para que le sirva de disculpa quanto aquel elevado Juicio concibió de nuestra naturaleza. *Siquid autem in nullo enim ab errare seu in omnibus irreprehensibilem seu immendabilem esse divina utique solius non autem mortalitatis est constantis seu roboris.* En ellos funda la Viuda la revocacion de la Sentencia y de la reeta comprehencion de VS. espera que colocados en la balanza de su Justicia logren el peso de la razon que la incline à su favor teniendo presente el concejo del Espiritu Santo en las parabras de Salomon (136) *Initium viae bonae facere Justitiam accepta est apud Deum magis quam immolare hostias. Misericordia & veritate redimitur iniquitas: & in timore Domini declinatur à malo. Abominabiles Regi qui agunt impie quoniam justitia firmatur solium.* así lo sienta Salvo &c.

(135)

Imp. Just. in leg.
2. cod. de Verer
jure enucleando
§- si quid autem.
13.

(136)

Cap. 16.

Estudio y Hencero 3^o de 1766.

Doct. Don Buena Ventura Mar.

